

UNIVERSITÉ DE CAEN. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
PREUVE PAR SERMENT
EN DROIT CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA SALLE DES ACTES DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le jeudi, 20 juin 1907, à 4 heures

PAR

JACQUES HERVÉ-BAZIN

JURY D'EXAMEN

MM. GUILLOUARD, *professeur, président de la thèse.*

ASTOUL, *professeur.*

BINET, *chargé de cours.*

ANGERS
IMPRIMERIE A. BURDIN ET C^{ie}

4, RUE GARNIER, 4

1907

UNIVERSITÉ DE CAEN. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

PREUVE PAR SERMENT

EN DROIT CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

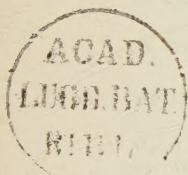
SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA SALLE DES ACTES DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le jeudi, 20 juin 1907, à 4 heures

PAR

JACQUES HERVÉ-BAZIN



ANGERS
IMPRIMERIE A. BURDIN ET C^{ie}

4, RUE GARNIER, 4

—
1907

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1906-1907.

DOYEN :

M. Edmond VILLEY (✂, I. ✂), Membre de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS :

MM. DANJON (I. ✂), professeur de *Droit commercial*, chargé du cours de *Droit maritime*.

Edmond VILLEY (✂, I. ✂), professeur d'*Economie politique*, chargé du cours de *Législation financière*.

GUILLOUARD (✂, I. ✂, C. ✂, G. O. ✂, C. I. C. ✂, O. ✂ L. ✂), professeur de *Droit civil*, correspondant de l'Institut.

LEBRET (I. ✂), professeur de *Droit civil*, ancien Ministre de la Justice, chargé du cours de *Notariat et Enregistrement*.

CABOUAT (I. ✂), professeur de *Droit international public et privé*, chargé du cours de *Législation industrielle*.

BIVILLE (I. ✂), professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours d'*Eléments de Droit civil*.

DEBRAY (A. ✂), assesseur du Doyen, professeur de *Droit romain* et chargé d'un cours d'*Histoire du Droit français*.

LE FUR (A. ✂), professeur de *Droit administratif* et chargé du cours d'*Eléments du Droit constitutionnel*.

ASTOUL (A. ✂), professeur de *Droit romain* et chargé du cours de *Pandectes* et du cours sur la *Coutume de Normandie*.

DEGOIS (A. ✂), professeur de *Droit criminel*, chargé d'un cours de *Droit civil approfondi et comparé*.

GÉNESTAL, professeur d'*Histoire du Droit français* et chargé du cours d'*Histoire du Droit public français*.

ALLIX, professeur d'*Économie politique* et d'*Histoire des doctrines économiques*.

NÉZARD, docteur en droit, chargé des cours de *Principes de Droit public*, de *Droit administratif* et d'*Eléments de Droit public et administratif*. (Capacité.)

BINET, docteur en droit, chargé d'un cours de *Droit civil*.

SECRÉTAIRE :

M. GALLOU (I. ✂), secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

JURY D'EXAMEN

MM. GUILLOUARD, *professeur, président de la thèse.*

ASTOUL, *professeur.*

BINET, *chargé de cours.*



Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY ET RAU, t. VIII et *passim*.
ANTONINI, *Le serment*. Paris, 1878.
BAUDRY-LACANTINERIE ET L. BARDE, *Tr. des Oblig.* t. III, 2^e partie, 2^e édit. (1905).
BLANCHE, *Études pratiques sur le C. pénal*, 5^e étude, n^{os} 399 à 407.
BRISAUD, *Manuel d'histoire du droit français*.
BONNIER, *Tr. des preuves*, 4^e édit. Paris, 1873, t. I, n^{os} 404 à 450.
CARPENTIER, *Du droit du serment*. Paris, 1876.
CARRÉ ET CHAUVEAU, t. VIII, liv. I, p. 216 et s.
COLMET DE SANTERRE, *Cours anal. de dr. civ.*, t. II.
DELVINEOURT, *Cours de dr. civ.*, t. II.
DEMOLOMBE, *Contr. et Oblig.*, t. VII.
DURANTON, t. XIII.
D'ESPINAY, *De l'infl. du dr. canonique sur la législ. franç.*
FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*.
GARRAUD, *Droit pénal français*, t. V., p. 319 à 324.
GARSONNET, *Tr. de procédure*, *passim*.
GLASSON, *Hist. du droit et des instit. de la France*, t. III, VI, VII.
GRIMM (JACOB), *Deutsche Rechtalterthümer*. Göttingen, 1881.
Dritte Ausgabe, p. 892 et s. (Das Eid.)
JAC (ERNEST), professeur à la Fac. cath. de droit d'Angers, *Cours de dr. civ. approfondi*.
JEANVROT, *La question du serment*. Paris, 1882.
LAURENT, *Principes de dr. civ.*, t. XX.
LAROMBIÈRE, *Théor. et prat. des oblig.*, t. V, p. 428 et s.
MAY (G.), *Éléments de droit romain*.

- PLANIOL, *Précis de droit civ. français.*
POTHIER, *Obligations.*
ROLLAND DE VILLARGUES, *Répert. du notariat*, v^o *Serment.*
STRINGER (F.-A.) *Oaths and affirmations in Great Britain and Ireland*, Second Edition. Stevens and Sons, London.
TAULIER, *Théor. du Code civ.*, t. IV.
TOULLIER, t. X.
VIOLET, *Hist. du droit civil français*, Paris. 1893. — *Hist. des Instit. polit. et admin. de la France*, t. III, Paris, 1903.

PÉRIODIQUES :

- Annuaire de législat. étrangère.*
Bulletin mensuel de législ. comparée.
Nouv. Revue histor. de Dr. français et étr.
Journal de Droit internat. privé.
Revue archéologique.
Revue catholique des Institutions et du Droit.
Revue critique de législation et de jurisprudence.
Revue trimestrielle de Droit civil.

Recueils de jurisprudence, SIREY, DALLOZ, etc.

DE LA PREUVE PAR SERMENT

EN DROIT CIVIL

Le serment tient une place importante dans notre législation française : de nombreux textes de nos codes s'en occupent et lui reconnaissent droit de cité dans nos institutions politiques et juridiques ; tantôt ils l'imposent comme une condition nécessaire à l'admissibilité des citoyens à certaines fonctions ; tantôt ils lui reconnaissent une force probante qui domine les débats judiciaires et, dans certaines circonstances, donne à celui qui le prête la certitude du succès.

A une époque où nous voyons effacer peu à peu de nos lois toute trace d'esprit religieux, toute empreinte même de principes spiritualistes, il est intéressant de constater la survivance de cet usage du serment, acte essentiellement religieux, de rechercher les textes qui s'y rapportent, les circonstances dans lesquelles il se rencontre, les conséquences auxquelles il peut donner lieu. Nous bornant au point de vue exclusivement juridique, nous avons entrepris l'étude du serment en droit civil français. On l'y voit jouer le rôle de *garantie*, c'est-à-dire d'engagement

solennel d'accomplir tel ou tel acte, et celui de *preuve*. Ce sera uniquement comme *mode de preuve* que nous l'envisagerons. C'est à ce titre, du reste, qu'il est particulièrement intéressant, à cause de la force remarquable que la loi attache à sa prestation, sorte de présomption de vérité qu'elle ne reconnaît point à la simple affirmation, et qui ne peut venir que d'un reste de respect pour l'invocation solennelle d'un Dieu présent et vivant, que nul n'oserait prendre en vain à témoin de sa parole.

Dans une première partie, nous étudierons la nature du serment, son caractère religieux, les critiques qu'il soulève au nom des idées modernes, l'usage qu'on peut en faire au point de vue juridique. Dans une seconde partie, nous essaierons un aperçu rapide de l'emploi de la preuve par serment dans les institutions de l'antiquité, à Rome, et dans l'ancienne France. La troisième partie sera consacrée à l'étude de ce mode de preuve dans notre droit moderne, et la quatrième à quelques indications sur son usage dans les législations étrangères à l'heure présente.

PREMIÈRE PARTIE

Nature et caractères de la preuve par serment.

CHAPITRE PREMIER

Le serment au point de vue philosophique.

1. *Caractère religieux du serment.* — Le serment est l'acte par lequel une personne prend Dieu à témoin de la vérité d'un fait. C'est donc un acte religieux au premier chef, et l'on comprend difficilement que certains philosophes, d'ailleurs en petit nombre, aient pu émettre quelques doutes à cet égard. Le sentiment général, presque unanime, consacre cette notion élémentaire, essentielle : s'il ne désigne pas une invocation solennelle, formelle ou implicite, à un Dieu présent, vivant et vengeur, le mot serment est vide de sens. Il est inutile d'invoquer l'opinion des auteurs juifs ou chrétiens ; est-il même nécessaire de citer celle de Cicéron¹, de Pythagore, de Platon, etc., à l'appui des juriconsultes les plus

1. *De officiis*, III, 29.

modernes, Aubry et Rau¹, Baudry-Lacantinerie², Demolombe³, Bonnier⁴, Larombière⁵, etc. On peut regretter l'usage du serment, comment font nos modernes laïcisateurs, en nier l'efficacité, comme Laurent⁶, mais peut-on sérieusement soutenir, comme l'a fait dans la première édition de son traité de procédure M. Garsonnet⁷, que « le serment n'est qu'un acte purement civil aux yeux de la loi, et que ceux-là seuls qui croient en Dieu ont le droit d'y voir un acte religieux » ? Aux yeux de la loi, comme de tout le monde, le serment n'existe que comme acte religieux : cela ne fait pas seulement sa valeur, c'est son essence.

Aussi cette valeur, reconnue au serment, varie selon l'importance de la foi religieuse dans les sociétés. Elle peut être, pour employer le langage moderne, tantôt objective, tantôt subjective. La notion de la valeur du serment est subjective, quand on ne lui reconnaît d'autre caractère de garantie que la crainte, que peut avoir celui qui le prête, d'offenser par un parjure la Divinité. La force du serment varie donc avec l'état d'âme de celui qui jure : plus la conviction religieuse est puissante, plus la crainte de

1. T. V, p. 608.

2. II, 626.

3. VII, 558.

4. I, 406.

5. VI, 428, 432.

6. XX, 221.

7. II, 604.

Dieu s'impose, plus le serment offre de garanties : c'est la notion romaine, c'est aussi l'idée moderne. Au Moyen-Age, au contraire, le serment était considéré comme ayant une puissance intrinsèque, objective : Dieu, « juge et témoin contre les parjures¹ », eût foudroyé à l'instant le faux témoin. A cette époque l'emploi du serment en justice semble être une forme « adoucie et simplifiée », suivant l'expression de M. Dareste, des jugements de Dieu : historiquement, dans le très ancien droit français, il dérive des ordalies.

2. *Conditions et formes du serment.* — Du moment que l'on abandonne cette idée de l'intervention directe et immédiate de la justice divine, qu'on trouve, par exemple, au Moyen-Age et dans la théocratie juive, pour ne voir dans le serment d'autre garantie que la foi religieuse du sujet qui le prête, il faut en conclure logiquement que le serment, pour présenter cette garantie à son maximum, doit être prêté précisément selon le rite religieux de la personne qui doit jurer. Par ailleurs, le serment prêté par un athée doit être considéré comme sans valeur. Enfin il répugne à la raison d'exiger la prestation d'un serment de la part d'individus auxquels leur religion interdit de prendre Dieu à témoin.

Telles sont les conclusions rigoureuses auxquelles

1. Psaume XIV, 4.

conduit la notion purement subjective de la valeur du serment. En raison du libéralisme moderne, elles sont évidemment inapplicables d'une façon absolue, comme entraînant une inquisition dans les consciences que nos mœurs repoussent. Aussi n'hésitons-nous pas à reconnaître que la mise en pratique du principe de la liberté de conscience, poussée jusqu'à ses conséquences extrêmes, mais logiques, doit amener la suppression totale du serment, comme de tout acte religieux public. L'heure est peut-être prochaine où se produira cette nouvelle destruction, après tant d'autres qu'ont déjà causées les faux dogmes modernes.

Les Anglais, qui s'embarrassent peu de considérations métaphysiques, se sont efforcés de concilier l'usage du serment avec le principe de la liberté de conscience. Ceux qui déclarent n'avoir pas de foi religieuse ou que leur conviction religieuse leur défend de jurer, sont dispensés de prêter serment. Pour les autres, on s'est employé à créer autant de formes de serment qu'il y a de sectes religieuses dans l'Empire Britannique¹.

Il n'en est pas de même en France. Outre que notre esprit égalitaire repousse l'emploi de rites différents, il nous répugne, à tort ou à raison, de pénétrer dans la conscience de nos concitoyens et de les contraindre à déclarer au grand jour quelle foi ils

1. Voyez plus loin, *Le serment en Angleterre*.

professent, ou s'ils n'en professent aucune. La loi a choisi une formule simple, variable d'ailleurs selon les cas¹, mais qui s'impose à tous les citoyens et dont tous doivent faire usage. Tantôt on doit dire simplement : « Je le jure », tantôt : « Je jure et promets devant Dieu et devant les hommes... » Il y a d'autres variantes, mais elles sont sans importance.

Durant assez longtemps, ces formules furent employées sans soulever de difficultés, ou à peu près. Mais depuis un certain nombre d'années, surtout en raison des progrès croissants de l'impiété militante, quelques esprits forts se sont effarouchés de cette invocation directe et obligatoire à la Divinité et sont partis de là pour demander, soit la modification de notre législation en cette matière, soit la suppression totale du serment, en tant qu'acte public prévu ou prescrit par la loi. La question n'est pas vidée, et, aujourd'hui encore, la suppression des mots « devant Dieu et devant les hommes », dans la formule du serment des jurés, est à l'ordre du jour.

Ce n'est pas d'hier que cette mesure a été proposée². Mais, si cette modification avait été adoptée par les Chambres, dirons-nous avec M. Jac³, « il en serait résulté tout simplement une impiété de plus dans nos lois, vu l'intention des auteurs de la suppres-

1. Cpr. art. 75, 155, 312, C. inst. crim.

2. Ch. des Députés, séance du 24 juin 1882.

3. E. Jac, prof. à la Faculté cath. de Droit d'Angers, à son cours.

sion, mais l'essence même, nécessairement religieuse, de tout serment n'en serait pas altérée pour cela, attendu que jurer c'est, par définition, prendre Dieu à témoin ». Mais les passions s'inquiètent plus de mots que de logique.

3. *Objections contre l'usage du serment.* — Aussi est-ce surtout à propos des serments que l'on doit prêter en public et d'une façon obligatoire, principalement le serment des jurés, dont la formule contient expressément l'invocation de Dieu, que se sont produits, il y a quelques années, des incidents retentissants, qui tenaient beaucoup plus de la manifestation antireligieuse que de la controverse juridique. Le serment judiciaire, le seul dont nous ayons à nous occuper ici, prête peu à des réclamations tapageuses, car il ne se produit pas dans les mêmes conditions de publicité ; de plus il n'a pas le même caractère d'acte public et obligatoire ; enfin sa formule est la plus simple de toutes. Néanmoins les critiques, adressées au serment professionnel au nom de la liberté de conscience, l'atteignent lui aussi, quoique moins directement. Elles sont de deux sortes. En premier lieu, on objecte que l'obligation de prêter le serment dans une forme déterminée peut blesser certaines consciences ; en second lieu que le serment n'offre de garanties réelles que s'il est prêté selon le rite de la religion à laquelle appartient celui qui doit jurer.

La première critique ne s'applique guère au serment judiciaire, mais surtout au serment politique ou professionnel. Il est inadmissible, dit-on, qu'un juré, par exemple, soit contraint de prêter serment « devant Dieu » auquel il ne croit pas : tel est le principe au nom duquel on a vu plusieurs fois, en 1882 notamment, des témoins refuser de prêter serment à cause du caractère religieux de cet acte, ou des jurés refuser de « proférer la formule déiste » du serment qui leur est imposé¹. Les tribunaux prononcèrent les condamnations prévues par la loi contre les témoins et jurés défaillants². On en appela à l'opinion publique : nous avons dit que la proposition de modifier les termes de la formule du serment fut repoussée par les Chambres. L'agitation s'apaisa peu à peu et les efforts faits récemment pour la réveiller ont échoué jusqu'à présent³.

Ces bruyantes manifestations d'un athéisme plaisamment scrupuleux touchent peu les gens sérieux. Un cas plus intéressant est à prévoir : celui qui doit prêter serment appartient à une secte religieuse qui défend l'usage du serment ; tels sont les quakers. Il y a vraiment ici conflit entre la loi et la conscience. Ce cas s'est présenté assez rarement en France : il a été jugé que le quaker qui « affirme en conscience »,

1. V. Cour d'assises de la Seine, 16 mars 1882.

2. 80, 304, 355 et 396, 398 C. inst. crim.

3. V. cependant : Cour d'assises Marne, 17 juill. 1899, D. P., 99, 2, 340.

comme l'y autorise sa religion, satisfait à l'obligation du serment judiciaire¹. Nous estimons que cette décision, théoriquement excellente, est illégale.

La seconde objection s'applique à ceux qui n'ont aucune croyance religieuse ou qui ne se considèrent liés par leur serment que s'il est prêté dans des formes autres que celles prévues par la loi. Dans les deux cas, le serment n'a que la valeur d'une simple affirmation.

Il est certain, tout d'abord, que nos législateurs, à l'époque où les codes ont été rédigés, n'ont pas prévu l'athéisme, pas plus que Solon n'avait prévu le parricide². Nous ne pouvons que les en féliciter. Il est certain, toutefois, que chez un individu faisant profession formelle de ne pas croire en Dieu, le serment n'offre aucune garantie ni pour la Société qui l'impose ni pour le plaideur qui le défère. A notre avis, la Société n'a pas à se préoccuper d'un cas que nous espérons devoir rester toujours exceptionnel, pour l'honneur de l'humanité ; mais la partie, à laquelle un serment prêté par un athée porterait préjudice, pourrait-elle l'attaquer comme ne constituant pas un véritable serment ? En bonne justice, n'aurait-elle pas raison ? Toutefois, nos lois, comme nos mœurs, ne permettent pas le succès d'une telle prétention.

1. Bordeaux, 14 mars 1809, suivi de Cass., rej., 28 mars 1810.

2. Bonnier, *Traité de Preuves*, 4^e édit., I, 421.

D'autre part, les tenants de certaines sectes religieuses, pour qui la formule du code : « Je le jure », n'entraîne pas obligation de conscience, seront-ils astreint à jurer dans la forme qui constitue seule pour eux un véritable serment ? Pour les témoins, jurés, etc., évidemment non : la loi est la même pour tous et ne se préoccupe pas des cas, relativement peu fréquents, où la simple invocation à la Divinité, sans autres formalités, est regardée par celui qui la prononce comme ne l'exposant pas au parjure. Mais dans le cas du serment judiciaire, la partie ne serait-elle pas en droit de demander que son adversaire soit astreint à jurer selon les formes de son culte ? N'a-t-elle pas droit à cette garantie, pour la prestation d'un serment dont dépend parfois nécessairement le sort de son procès ?

D'après le sentiment élevé de la justice, la réponse à cette question n'est pas douteuse. Mais, en France, on a reculé devant les complications entraînées par le système anglais, qui consacre autant de formules de serment qu'il y a de sectes religieuses en Angleterre, en Écosse, en Irlande, aux Indes, etc.¹. La question s'est posée, chez nous, surtout à propos des juifs : pour cette longue controverse, nous renvoyons aux auteurs². Après hésitations, la jurisprudence s'est fixée en ce sens que, si le serment prêté volontaire-

1. V. Stringer, *Oaths and Affirmations*, second edition. Shevens and Sons, London et ci-dessous, *Le serment en Angleterre*.

2. V. notamment Bonnier, *loc. cit.*, n° 422.

ment en des formes spéciales est valable¹, nul ne peut être astreint à jurer selon ces formes, s'il offre de prêter serment dans les termes simples fixés par la loi². Cet arrêt a terminé la discussion, et le serment *more judaico* a peu à peu disparu de l'usage.

Que conclure de cette esquisse sur la nature et l'usage du serment en justice ? Certains penseront qu'il vaudrait mieux effacer de nos lois cet acte religieux, dont le maintien seul est une offense pour les partisans scrupuleux du principe de la liberté de conscience, entendu au sens moderne : irréligion absolue de la Société. Pour nous, au contraire, nous souhaitons de tout cœur le maintien de ce vestige de croyances religieuses publiques, fondement nécessaire de tout état social. Nous souhaiterions seulement qu'on abandonnât cette idée fausse que l'on ne doit pas pénétrer dans le secret des consciences et par suite obliger chacun à confesser publiquement sa foi religieuse : cela n'est nullement contraire à la vraie liberté, mais consacre la dignité des fermes convictions. Il serait alors beaucoup plus aisé d'éviter les cas, très rares déjà, où l'on peut se trouver placé dans l'alternative de violer la loi ou de blesser sa conscience, en prêtant serment d'une façon contraire à ce que celle-ci nous ordonne. L'exemple de l'Angleterre démontre la possibilité d'un pareil système, plus logique et plus véritablement libéral.

1. Cass., 12 juill. 1810, S., 10, 1, 329.

2. Cass., 3 mars 1846.

CHAPITRE II

Le serment au point de vue juridique.

Nous n'étudions ici que l'usage du serment en tant que *mode de preuve de droit civil*. Mais il peut se présenter en justice dans beaucoup d'autres cas, et nous croyons utile de passer en revue toutes les circonstances où l'on peut avoir recours au serment dans les rapports des citoyens entre eux et avec la société.

Nous empruntons à Grimm ¹ cette classification des usages du serment : « Le serment est l'affirmation solennelle de la *vérité* d'un fait *passé* ; de l'*authenticité* d'un fait *présent*, de la *sûreté* d'un fait *à venir* ». D'où trois sortes de serment : pour l'avenir, serment de garantie ou promissoire ; pour le présent, serment d'authenticité ; pour le passé, serment affirmatif.

I. *Serment promissoire*. — C'est le plus usité dans la vie courante : Je jure que j'accomplirai tel acte — que je vous donnerai telle chose. C'est la « parole donnée », l'engagement « d'honneur », auxquels s'ajoute l'invocation à Dieu, comme témoin de la

1. *Deutsche Rechtalterthümer*. Göttingen, 1881. Dritte Ausgabe, p. 892.

promesse et caution de son accomplissement. L'histoire est remplie du souvenir de serments glorieusement tenus, comme celui de Régulus, ou frauduleusement tournés, ou cyniquement violés.

Au point de vue juridique, le serment promissoire comprend le serment *politique*, ou de fidélité aux institutions établies, dont l'usage, l'efficacité, les méfaits et les vicissitudes en France, sont bien connus. Supprimé, d'abord en 1848, puis par le décret du 5 septembre 1870, n'a-t-il pas été récemment quelque peu question de le rétablir pour certaines classes de serviteurs du pays, particulièrement pour les officiers de l'armée française? — Le serment *professionnel* est l'engagement que prennent les fonctionnaires, magistrats, avocats, etc., en d'autres termes certaines personnes, chargées d'un service public ou d'utilité publique, et désignées par de nombreux textes, d'observer les lois et règlements dans l'exercice de leurs fonctions ou professions; c'est aussi le serment, que prêtent certains individus dans certains cas spéciaux, d'exprimer leur opinion conformément à leur conscience, comme les experts, témoins, jurés, etc.¹. Enfin le serment promissoire comprend certains serments d'un caractère plus précisément juridique, comme la caution juratoire de l'usufruitier². Ce genre de serment était fréquent

1. V. l'énumération des personnes tenues au serment dans Jeanvrot, *Le serment*, p. 41 et s. Paris, Cotillon, 1882.

2. C. civ., art. 603.

autrefois, à Rome par exemple et dans notre ancien droit. On peut en rapprocher le serment *de calomnie*, imposé aux plaideurs, le serment des affranchis envers le patron, etc.

II. *Serment d'authenticité*. — Ce serment se présente le plus souvent sous la forme d'un serment promissoire, mais il n'en a pas moins un effet *présent*, que nous avons quelque peine à comprendre aujourd'hui : ces serments sont maintenant hors d'usage, dit Grimm, mais ils étaient fréquent dans notre ancien droit « nämlich bei dem institut der consacrmentalen ». Ils servaient à donner plus de force à un acte juridique. C'est ainsi que le pacte de serment, à Rome, donne lieu à l'action *de jurejurando*, et exclut la *restitutio in integrum* pour les mineurs de 25 ans. De même, au Moyen-Age, le serment ajouté à une déclaration contenue dans un acte entraînait la juridiction ecclésiastique. Ainsi encore, le serment des *cojureurs* avait pour but, non pas de prouver tel fait, mais de garantir que le serment prêté par l'accusé était sincère. Cette sorte de novation d'un contrat par adjonction d'un serment existait encore récemment en Espagne¹.

III. *Serment affirmatif*. — C'est celui qui se rap-

¹. V. plus loin, *Le serment en Espagne*.

porte à un fait passé : on prend Dieu à témoin de la vérité de tel ou tel acte auquel on a assisté ou participé. C'est le seul qui puisse, évidemment, faire preuve, et sa force probante consiste dans l'idée que celui qui le prête n'oserait pas offenser par un parjure la majesté divine.

Il peut se produire hors de toute contestation juridique : c'est le serment affirmatif ordinaire. Il peut être employé pour trancher un différend entre particuliers, sans intervention de la justice de leur pays : c'est le serment extra-judiciaire. Il peut enfin servir aux tribunaux de mode de preuve, sur l'initiative du juge ou sur celle de la partie : c'est le serment judiciaire.

Serment judiciaire et extra-judiciaire : tels sont les seuls dont nous ayons à nous occuper. Encore faut-il remarquer que nous comptons nous tenir dans les limites du droit civil, et que nous laisserons ainsi de côté l'emploi du serment comme mode de preuve au criminel, qui ne peut avoir chez nous, du reste, qu'un intérêt historique, cet usage du serment étant aboli depuis longtemps. Il n'en était pas de même autrefois, ainsi que nous le verrons accidentellement au cours de cette étude. Le serment *purgatoire* était fréquent, notamment, au Moyen-Age.

Le serment extra-judiciaire, très employé chez les Romains, est bien rare dans nos mœurs modernes. Seul, le serment judiciaire se rencontre encore assez

souvent dans les procès. Avant d'aborder l'étude de ce que sont chez nous ces modes de preuve, il est bon de remonter un instant dans l'histoire, pour y rechercher leur trace et y suivre leur évolution.

DEUXIÈME PARTIE

Aperçu historique sur l'emploi du serment comme mode de preuve

A chaque page de l'histoire du monde, nous trouvons le serment. La Genèse et les Védas en font fréquemment mention : il était pratiqué en Égypte, en Grèce, en Chine... dès la plus haute antiquité. Il semble que l'humanité l'ait toujours et partout connu et utilisé.

Mais nous n'avons pas à étudier ici cette tendance universelle des hommes à faire appel aux puissances supérieures pour garantir la sincérité de leurs affirmations. Nous nous en tenons au serment *mode de preuve*. Or, si l'emploi du serment comme garantie et comme caution est mentionné dans les écrits les plus divers et les plus anciens, l'emploi du serment comme preuve l'est beaucoup plus rarement. Peu de faits saillants, en effet, peuvent se rattacher à un mode de procédure, tandis que l'usage du serment promissoire prête aux incidents sensationnels : mille traits sur la fidélité à la parole donnée, ou sur la honte des parjures, peuplent les livres des historiens et des moralistes.

Si l'on recherche uniquement dans les textes, au

contraire, ce qui se rapporte directement à l'emploi du serment comme mode de preuve en justice, les renseignements sont rares et peu précis. Toutefois l'importance de cette affirmation solennelle, et les garanties de sincérité qu'elle présente, n'ont point échappé aux législateurs et aux juges de tous les temps. Rhadamante terminait les procès en déférant le serment aux plaideurs, dit Platon, pensant que « le jugement des causes ne devait point être confié aux hommes, mais aux Dieux ». La même idée se retrouve chez les peuples les plus divers ; l'assentiment unanime des hommes est une des preuves de l'existence de Dieu : la foi en la valeur et en l'efficacité du serment, appel à la science et à la vérité infinies de ce Dieu, à sa justice et à son inévitable vengeance, est une conséquence, également universelle, de cet assentiment général.

Aussi peut-on retrouver partout la trace de cette foi. Dans l'antiquité païenne et juive — dans le droit romain — chez les Barbares, au Moyen-Age et dans nos anciennes coutumes françaises, il est possible d'en découvrir les applications.

CHAPITRE PREMIER

Antiquité.

La théocratie juive, au premier chef, connaît et pratique le serment. La Bible est pleine de faits qui s'y rattachent, elle raconte en cent passages l'histoire d'engagements solennels, dont la violation est souvent punie d'une manière éclatante et terrible. Elle ordonne d'observer les vœux qu'on a faits : « Si un homme a fait un vœu ou s'est lié par un serment, qu'il accomplisse tout ce qu'il a promis et ne manque pas à sa parole¹ ». Les juges ne pouvaient manquer d'attacher une grande valeur au serment d'un plaideur, invocation directe au Seigneur, toujours présent et omniscient. La loi consacre, en effet, cette procédure : « Si un dépositaire ne peut montrer l'objet ou l'animal qui lui a été confié, il doit se présenter et jurer qu'il n'a pas pris le bien de son prochain », et si l'on ignore comment l'objet a pu disparaître, le dépositaire qui par serment affirme son innocence² ne peut être condamné. Voilà bien nettement le serment *libératoire*, mode spécial de démontrer son innocence.

1. Nombres, XXX, 3.

2. Exode, XXII, 7-11.

En Égypte, les lois civiles prévoient explicitement l'emploi du serment judiciaire. Elles ordonnaient, dit Diodore de Sicile, qu'une dette niée avec serment serait annulée, si toutefois le prétendu créancier n'en avait pas de reconnaissance écrite, et, ajoute-t-il, « la crainte de perdre toute considération en jurant faussement empêchait de se causer à soi-même un préjudice aussi grave. L'homme convaincu une fois de mensonge ne doit plus compter qu'il inspirera confiance ».

Les Perses montrent moins de foi dans la parole d'un débiteur. Sans doute, chez eux, nous dit Hérodote, l'éducation des enfants de cinq à vingt ans consiste en trois choses seulement : monter à cheval, tirer de l'arc et *dire la vérité*. Le mensonge est considéré comme la faute la plus honteuse. Les dettes viennent ensuite et elles doivent leur importance à ce fait, notamment, que le *débiteur se voit dans la nécessité de mentir*...

Les lois de Manou traitent longuement de l'usage du serment judiciaire et de sa valeur. Il est prêté soit par les témoins, soit par l'accusé, et vient au premier rang des moyens qu'emploient les juges pour former leur conviction¹. Lorsqu'un débiteur nie sa dette, l'affaire doit être éclairée par le témoignage de trois personnes au moins. Le juge, avant de les questionner, leur expose les avantages que doit leur

1. Manou, VIII, 60.

procurer une déclaration véridique et les châtimens réservés au faux serment des témoins : « Nu et chauve, souffrant de la faim et de la soif, privé de la vue, celui qui aura porté un faux témoignage sera réduit à mendier sa nourriture avec une tasse brisée, dans la maison de son ennemi... La tête la première, il sera précipité dans les gouffres ténébreux de l'enfer ; il sera privé du ciel ». Mais par une singulière disposition, qui semble attacher plus d'importance à l'appréciation des témoins qu'à celle du juge, les châtimens précités ne sont pas encourus si la déclaration de la vérité eût entraîné la mort d'un homme coupable d'un crime *non prémédité*, et on pourra se laver du mensonge, ainsi commis dans l'intérêt du coupable, en offrant du riz et du lait à la déesse de l'éloquence ! Le faux témoignage, s'il est démontré, sera puni de l'amende et de châtimens corporels, et, par application d'une sorte de jugement de Dieu, sera considéré comme coupable celui auquel, dans les sept jours après sa déposition, survient une maladie, un accident par le feu ou la mort d'un parent. Législation bizarre et assez confuse.

Lorsque, faute de preuve ou de témoins, un juge ne peut trancher le litige entre les parties, il lui est loisible de recourir au serment de ces parties mêmes, serment qui, hors des tribunaux, sert à confirmer les conventions¹. Le serment de l'accusé est consi-

1. VIII, 219.

déré comme un moyen d'obtenir l'aveu de la vérité. Les formules varient selon les castes : « un Brahmane doit jurer par sa « véracité » ; un Kchatryia par ses chevaux, ses éléphants ou ses armes ; un Vaisya, par ses vaches, ses grains ou son or ; le Sandra jure « par tous les crimes », se reconnaissant aussi coupable que s'il les avait tous commis, s'il prête un faux serment¹. » On retrouve encore ici l'idée du jugement de Dieu dans l'emploi du serment : le juge peut faire toucher à celui qui jure la tête de ses enfants et de sa femme : si, dans le délai de quelques jours un malheur ne survient pas à sa famille ou à lui-même, il est reconnu innocent². Par ailleurs, le juge peut aussi, pour s'assurer de la véracité de ce serment, soumettre l'accusé à l'épreuve du feu ou de l'eau. C'est le système que nous retrouverons dans le haut Moyen-Age.

La bonne foi chinoise est suspecte aux gens d'Occident, elle est suspecte aux Chinois eux-mêmes. Les tribunaux n'admettent pas la preuve par le serment des justiciables, bien qu'ils punissent le faux témoignage : « Oaths are never required, nor ever admitted in judicial proceedings ; but very severe punishments are attached to falsehood in evidence... », disait John Davis³. Vers la même date (1838), M. Berriat

1. Antonini, *Le Serment*, p. 164. Paris, Dauvin, 1878.

2. VIII, 115.

3. John Davis, London, 1836.

Saint-Prix¹ indiquait aussi que les Chinois ignorent le serment judiciaire. Une telle lacune dans leurs lois fait peu d'honneur à l'énergie de leurs convictions religieuses, et à la sincérité de leurs caractères. Toutefois dans les villes d'Amérique où se trouvent des Chinois, dit M. Antonini², on leur fait, s'il en est besoin, prêter serment. Mais on s'entoure de toutes les précautions possibles. On demande à la solennité de la cérémonie d'inspirer à l'homme qui jure, sinon le respect, du moins la crainte de la Divinité. Des co-jureurs prêtent ensuite le serment que tout ce qui vient d'être affirmé par le Chinois est bien la vérité.

Mahomet, dans le Coran, prend sans cesse à témoin le ciel et la terre de la vérité de ses visions. Ses disciples usent aussi du serment. Ils l'admettent devant leurs tribunaux. Le serment peut, en l'absence de preuves, être déféré, soit par le demandeur à son adversaire, soit par la djemâa, ou le juge arbitre, celle des parties qui lui semble la plus honnête ou qui possède en sa faveur quelque commencement de preuve. Le serment se prête, soit devant le juge, soit à la mosquée. Quelquefois des co-jureurs sont admis³.

L'usage du serment professionnel était habituel chez les Grecs : les vœux et serments promissoires étaient également fréquents et on y attachait une

1. Stanislas Julien.

2. *Loc. cit.*, p. 191.

3. V. Letourneux et Hanotaux, *Étude sur la Kabylie*.

grande force : la parole donnée devait être sacrée. Périclès refuse à un ami un faux serment, disant qu'il lui sacrifierait tout, excepté les Dieux. Créon prend à témoin Jupiter, « à qui rien n'est caché »... Il y a peu de textes sur l'emploi du serment devant les tribunaux. On sait cependant que les accusés pouvaient se justifier par l'épreuve du feu et par le serment. Sophocle, dans *Antigone*, décrit cette procédure. Hérodote raconte l'histoire d'un dépositaire qui niait avoir reçu l'objet réclamé. N'osant pas, cependant, l'affirmer sous serment, il consulte la Pythie, qui lui fait cette belle réponse : « Il existe un fils du serment, enfant sans nom, qui n'a ni pieds ni mains. Il poursuit cependant avec vitesse jusqu'à ce qu'ayant saisi toute une famille, il la détruise. Au contraire, la postérité de l'homme qui garde ses serments est toujours prospère ». Il résulte de ce passage que le serment pouvait faire preuve en justice.

Platon est plus explicite et se montre sceptique sur la valeur du serment. Après avoir rapporté la méthode suivie par Rhadamante pour « terminer les différends avec autant de célérité que de sûreté¹ », il ajoute : « Mais aujourd'hui qu'il y a des hommes, les uns qui ne croient pas à l'existence des dieux ; les autres, qui s'imaginent que les dieux ne se mêlent pas des choses d'ici-bas ; d'autres, en plus grand nombre et les plus méchants de tous, qui sont dans

1. *Traité des Lois*, l. XII.

l'opinion que les dieux agréent leurs petits sacrifices et leurs adulations, entrent en société avec eux pour voler le bien d'autrui et les exemptent des grands supplices dus à leurs crimes : la méthode de juger suivie par Rhadamanthe ne serait plus de saison avec des hommes de ce caractère. Ainsi, puisque les sentiments au sujet des dieux ont changé, il faut aussi que nos lois soient différentes de celles d'alors. Lorsqu'il s'intente aujourd'hui un procès, le législateur, s'il a du bon sens, n'exigera le serment d'aucune des parties ; mais il assujettira celle qui accuse à mettre simplement par écrit ses chefs d'accusation, et celle qui se défend à produire de même ses moyens de justification sans souffrir que ni l'une ni l'autre y ajoute le serment... Voici donc ce que règle la loi... En général, on fera serment dans toutes les circonstances où, suivant l'opinion des hommes, il n'y a rien à gagner en se parjurant ». Le grand philosophe peint ici sous un jour triste les mœurs de ses contemporains, chez qui les peines édictées contre les parjures ne parvenaient pas, en effet, à faire régner la bonne foi.

CHAPITRE II

Droit romain.

Les Romains se piquaient de bonne foi et montraient une vertueuse indignation contre la « fides punica », la duplicité carthaginoise. En réalité, on les voit souvent violer la parole donnée, tantôt avec un cynisme complet, s'ils ne peuvent faire autrement, tantôt avec une hypocrisie plus ou moins savante, mais plus pénible encore à nos yeux que le parjure brutal. Ils admirent Régulus, sans trop le comprendre et sans l'approuver souvent.

Comme dans toutes les cités antiques, tout est permis, au moins à l'origine, contre l'ennemi, c'est-à-dire l'étranger — *hostis* —. Entre citoyens, les mœurs d'abord, puis les lois, se montrent autrement sévères. L'usage du serment dans les relations de droit civil est aussi ancien que la religion même¹, et quand le préteur sanctionne le pacte de serment, il est évident que cette convention existait depuis un temps immémorial, et qu'elle avait vraisemblablement toujours créé, entre les contractants, un lien sacré que ceux-ci ne pouvaient rompre sans encourir la réprobation publique².

1. Bonnier, *op. cit.*, 272.

2. V. Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, pp. 247-8.

Le serment *promissoire* est fréquent en droit romain. Nous n'avons pas à nous en occuper. Le serment comme *mode de preuve* était organisé, dès l'époque classique, tel qu'il est passé chez nous, du moins dans ses grandes lignes : notre système général de la preuve par serment nous vient en effet tout entier du droit romain, et plus précisément du droit prétorien. Examinons sommairement ce rôle du préteur.

La délation de serment est judiciaire ou extrajudiciaire. Dans ce dernier cas, c'est le *pacte de serment* : deux parties en contestation conviennent de mettre fin à leur désaccord par l'affirmation solennelle, que fera l'une d'entre elles, du droit contesté, en prenant à témoin les puissances supérieures à l'humanité. La partie est libre de jurer ou de refuser de jurer. « Si elle accepte et qu'elle prête serment, il se forme un pacte que le préteur sanctionne. Mais elle peut refuser sans que cela soit considéré comme un aveu implicite du mal fondé de ses prétentions. L'accord des parties est donc nécessaire pour que le serment soit prêté et produise les effets que le préteur y attache. Aussi est-il appelé *jusjurandum voluntarium*¹. »

C'est donc un « pacte nu » auquel le préteur attache une double sanction : le débiteur qui a juré sur la proposition de son adversaire pourra repous-

1. G. May, *El. de Dr. rom.*, 7^e éd., p. 316.

ser toute nouvelle demande de la part de celui-ci par une *exceptio jurisjurandi* ; celui qui a juré être créancier aura une action *de jurejurando*, action *in factum* en vertu de laquelle il n'est plus obligé de prouver qu'on lui doit quelque chose, mais seulement l'existence du pacte et la prestation du serment. A part les complications dues à la procédure formulaire, le pacte de serment sanctionné par le prêteur ressemble extrêmement à la délation de serment devant le juge de paix conciliateur, sanctionnée par l'art. 55 C. pr. civ.

La délation de serment dans une instance en justice revêt un caractère tout différent. Elle émane d'une partie ou du juge. Venant de l'initiative d'une des parties, c'est encore une offre de transaction ; mais ici l'autre partie ne peut pas refuser d'accéder à la convention proposée. Le juge, prenant acte de cette proposition, la condamnera sur son refus, comme avouant tacitement que sa cause est mauvaise, en n'osant pas prendre les dieux à témoin de son droit. En revanche, elle sera autorisée à référer le serment, c'est-à-dire à s'en remettre à son tour à la bonne foi de son adversaire, qui se trouvera lui-même dans l'obligation de jurer, ou de perdre son procès. Aussi les Romains appelaient-ils ce serment *jusjurandum necessarium*. C'est notre serment décisoire. Comme dans le cas du serment *extra-jus*, sa prestation ou son refus entraîne soit la non-délivrance de la formule, soit l'action ou l'exception

jurisjurandi. Il peut être déféré même *in judicio*¹.

Le juge peut, lui aussi, déférer le serment à l'une des parties. C'est pour lui un mode spécial de former sa conviction. La partie peut refuser de jurer, elle ne perdra pas forcément son procès pour cela ; mais elle s'exposera à s'aliéner l'esprit du juge, qui lui donnera probablement tort. Ce serment est appelé *jusjurandum judiciale*. C'est notre serment supplétoire.

Enfin le juge peut, dans les actions réelles et dans les actions personnelles dites de bonne foi, déférer le serment au demandeur, qui a prouvé l'existence de sa créance, sur le montant de cette créance. C'est encore un simple mode d'information, qui ne lie pas le juge, lequel peut du reste fixer un maximum que le demandeur ne devra pas dépasser dans l'estimation du chiffre de la dette. C'est le *juramentum in litem*, serment supplétoire d'un genre spécial, qui est devenu notre serment « en plaid » ou estimatoire. Mais il a perdu chez nous une de ses applications : on l'employait à Rome pour punir le dol du défendeur, en autorisant le demandeur à fixer le prix d'*affection* qu'il attachait à la chose réclamée². Dans notre droit, c'est toujours la valeur *réelle* que doit affirmer le demandeur³.

Nous nous bornerons à cet exposé rapide, nous

1. Cpr. 1360 C. civ. fr.

2. Bonnier, 438, p. 544.

3. *Sic*, Pothier, *Oblig.*, n° 930.

réservant de noter, au cours de notre étude, les différences de détail que le temps et les mœurs ont introduites, en droit français, dans cette organisation de la preuve par serment, dont l'ensemble et les principes fondamentaux n'ont aucunement changé depuis tant de siècles. Nous laissons aussi de côté beaucoup d'autres serments qui étaient en usage à Rome, surtout depuis Justinien, lequel les avait multipliés outre mesure, et qui ne rentrent pas directement dans notre sujet.

CHAPITRE III

Ancien droit français.

L'organisation romaine du serment judiciaire a passé chez nous tout entière : elle a triomphé de la procédure germanique de la preuve par serment, que l'on trouve en France au moment de l'invasion barbare et dans le Haut Moyen-Age, et qui a disparu sans laisser de traces, condamnée à l'oubli par l'adoucissement progressif des mœurs et la civilisation.

I. *Droit germanique.* — Nous ne connaissons guère l'emploi juridique du serment chez les Barbares avant leur établissement sur le sol romain. Nous sa-

vons seulement qu'ils pratiquaient et honoraient, au moins en principe, l'invocation aux puissances supérieures. Certaines formules anciennes sont venues jusqu'à nous¹. Le serment de dévouement liait les leudes à leur patron, et cette fidélité allait parfois jusqu'à la mort.

L'emploi le plus fréquent du serment judiciaire à cette époque est celui du serment *purgatoire* : il relève du droit criminel. « La preuve par écrit ou par témoins n'était pas possible dans la plupart des procès... On recourut à Dieu, et on lui déféra la sentence par la voie du serment, des ordalies, du duel². » Le serment purgatoire dans la notion primitive, est donc une variété de jugement de Dieu : Dieu, pris à témoin de la vérité d'une affirmation, ne pouvait manquer, si elle était fausse, de frapper celui qui l'émettait. Aussi, dit Grimm, trouve-t-on à cette époque, pour la preuve par le serment purgatoire, l'expression « *entführen* » (enlever), qui montre l'effet radical qu'on attachait à cette façon de se disculper.

Le serment de l'accusé était accompagné ordinairement du serment de *cojureurs*, qui juraient que l'affirmation du prévenu était sincère. Nous n'entrons pas dans les détails intéressants de cette institution³. Elle ne regarde pas le droit civil.

1. V. d'Arbois de Jubainville, Le serment celtique (*Revue archéol.*, 1891).

2. Brissaud, *Mém. d'Hist. du Dr. fr.*, t. II, p. 570 s.

3. V. à ce sujet Brissaud, *loc. cit.* ; Grimm ; Glasson, t. III, p. 479 et s., etc.

La preuve par serment est considérée comme de droit commun dans la plupart des lois d'origine germanique. Plus tard, la maxime : « Témoin passe titre », perdit sa force peu à peu avant d'être complètement retournée : dès les temps barbares, la charte royale faisait foi. L'acte privé avait aussi sa valeur, mais — et nous retrouvons ici les idées du temps, si différentes des nôtres — il tire sa force non pas tant de lui-même que du *serment* du scribe et des témoins.

II. *Moyen-Age*. — Cette idée que le serment adjoint à un acte lui communique une force, presque une nature nouvelle, se retrouve dans le haut Moyen-Age et donne lieu à des controverses de compétence qui durèrent plusieurs siècles. Il faut remarquer que le préteur romain, à l'origine, sanctionna les « pactes nus », lorsque le serment des parties était venu s'y ajouter. De même¹ le serment est, en droit germanique, un mode de formation des contrats. Le contrat consensuel n'existait pas, comme dans la plupart des législations primitives : il fallait, en plus de l'accord des volontés, un acte extérieur, indiquant que le marché est conclu, et nécessaire à cette conclusion : « On eut le contrat par l'écriture (*per cartam*), le contrat réel (formé *re*), le contrat symbolique, et le contrat *par le serment*. Ce dernier dont on trouve déjà la trace dans les temps les plus anciens, a sur-

1. Planiol, *El. de Dr. civ.*, 2^e éd., II, 966.

tout été développé par le droit canonique, parce qu'il donnait compétence aux officialités¹. C'est le serment d'authenticité dont parle Grimm en disant que, fréquent autrefois, il est maintenant hors d'usage.

Renouvelant le système suivi par le prêteur, le droit canonique avait ainsi fait du serment promissoire adjoint à un pacte un véritable contrat formaliste, remplissant une fonction novatoire². Nous n'entrerons pas dans l'histoire des longs conflits de compétence qui se produisirent à ce sujet entre les cours séculières et les officialités³.

Quant au serment purgatoire, après en avoir favorisé le développement dans la législation barbare⁴, l'Église fut obligée de le restreindre à cause des abus qu'on en avait faits. Toutefois, il ne fut pas poursuivi, comme les ordalies, par ses anathèmes. Il était encore usité dans les cours d'Église à la fin du XII^e et au commencement du XIII^e siècle, mais il tomba rapidement en désuétude. La procédure séculière l'employa longtemps encore : il est mentionné dans plusieurs chartes communales au XIII^e et au XIV^e siècle⁵. M. Brissaud⁶ assigne les mêmes dates à la disparition du serment purgatoire.

1. Décrétales de Grégoire IX, II, XXIV, *De jurejurando*.

2. V. Esmein, Le serment prononcé en dr. canon., *Nouv. Revue hist. de Dr. fr. et étr.*, t. XII, p. 248.

3. V. Sur ce point Glasson, t. VII, p. 684 et s.

4. Glasson, VI, p. 559.

5. D'Espinay, *De l'influence du dr. canon. sur la législ. franç.*, p. 223-224.

6. II, p. 573 s.

III. *Ancien droit français.* — L'influence du droit canonique, unie à la renaissance du droit romain et combinée avec elle, va transformer l'ancienne procédure. Ce n'est pas elle, dit M. Glasson, qui a introduit le serment judiciaire dans les justices laïques, mais elle a contribué à le transformer. « Pendant la première partie du Moyen-Age et sous l'influence des coutumes franques, le serment avait été considéré comme une véritable faveur, car c'était un avantage pour un plaideur de pouvoir faire sa preuve par sa propre affirmation...¹. Sous l'influence du droit canonique, le serment probatoire changea complètement de caractère : on le considéra comme une charge, et ce fut un droit, pour chaque plaideur, de le déférer à son adversaire... C'était le serment dit *par choisie*. On lui appliqua les règles du serment décisoire en droit romain, d'où l'on tira aussi le serment de crédibilité et le serment supplétoire ».

Dès lors, le système romain domine dans toute la France, à peine modifié sur quelques points de détail. Il se maintint jusqu'à la Révolution qui n'eut pas le temps de faire aboutir les projets portant suppression du serment judiciaire², et reparut tout entier, après quelques hésitations³, dans notre Code civil.

D'autres usages du serment, qui touchent à la

1. VI, p. 563.

2. Projet de messidor an IV, art. 813.

3. Séance du Conseil d'État, 2 frim. an XII.

preuve, n'ont pas survécu jusqu'à nous : tel le serment dit de calomnie, qui prêtait tant à la critique¹ et qui existe encore en Angleterre ; le serment de la jeune fille au cas de séduction : « *Creditur virgini juranti se ex Titio prægnantem* » ; et tant d'autres.

1. V. Bonnier, I, 371 et 393.

TROISIÈME PARTIE

La preuve par serment en droit civil français

CHAPITRE PREMIER

Questions générales. — Division.

1. *Usage actuel du serment.* — Avant d'aborder l'étude de l'organisation actuelle de la preuve par serment, on peut se demander quel est l'usage qu'on en fait aujourd'hui, et si l'on y a fréquemment recours. D'après l'examen des recueils de jurisprudence, l'emploi du serment extra-judiciaire paraît extrêmement rare ; le serment supplétoire ne se rencontre guère plus souvent : il semble que les juges n'usent qu'à regret de ce mode d'information, et seulement quand ils ont épuisé tous les autres moyens d'éclairer leur religion. Nous ne saurions les en blâmer, ils sentent avec raison combien les résultats qu'il peut fournir sont délicats et aléatoires. Seul, le serment décisoire apparaît d'une façon relativement fréquente devant les tribunaux, bien que, toutefois, son usage paraisse avoir progressivement décliné depuis le début du xix^e siècle.

« Si cette tendance ne prouve pas en faveur du niveau moral de notre époque¹, elle a du moins l'avantage de ne pas multiplier les solutions contraires à la vérité et par suite à la justice ». Triste constatation de l'affaiblissement des convictions religieuses de nos contemporains ! Mais n'est-ce pas l'histoire de tous les temps, que la conscience est presque toujours sacrifiée à l'intérêt, et Pothier ne disait-il pas déjà : « Depuis plus de quarante ans que je fais ma profession, et j'ai vu une infinité de fois déférer le serment, je n'ai pas vu arriver plus de deux fois qu'une partie ait été retenue par la religion du serment de persister dans ce qu'elle avait soutenu » ?

Les avocats d'aujourd'hui tiennent le même langage : c'est exceptionnellement que certains ont pu voir un plaideur refuser d'affirmer son droit sous serment et préférer la perte de son procès à la crainte de se parjurer. Mais ces rares exceptions ne sont-elles pas suffisantes pour que l'on maintienne l'organisation d'un mode de preuve, toujours facultatif, et parfois efficace ? Au reste, combien de plaideurs voient-ils dans la délation de serment un appel à la conscience de leur adversaire ? Beaucoup n'en usent-ils pas plutôt comme d'un dernier va-tout dans les cas désespérés, ou comme d'un expédient pour prolonger ou embrouiller quelque instance mal engagée ?

2. *Le serment est-il vraiment un mode de preuve ?* —

1. E. Jac, *loc. cit.*

Certains auteurs prétendent que, si le serment supplétoire constitue bien un mode de preuve, le serment décisoire n'en est pas un. « Quand une partie a déféré à l'autre le serment décisoire, dit notamment M. Garsonnet¹, c'est comme si elle avait renoncé à ses prétentions pour le cas où le serment serait prêté, et cette espèce de transaction conditionnelle rend la preuve inutile. » Nous croyons cette opinion erronée, théoriquement et juridiquement.

Théoriquement, il nous semble qu'il y a, dans la négation du caractère probatoire du serment, une erreur analogue à celle qui fait refuser à l'aveu le nom de preuve. Puisqu'on en appelle au témoignage de Dieu, c'est que la preuve n'est pas faite, et elle le sera quand la prestation du serment aura eu lieu : elle est donc établie par le serment même².

Juridiquement, il est certain que les rédacteurs du Code civil ont attaché au serment décisoire comme au serment supplétoire le même caractère de mode de preuve : la place qu'ils occupent dans la même section V du titre III, et la connexion et l'enchaînement évident des textes en sont des indications suffisantes.

3. *Place assignée dans le Code aux textes relatifs au serment.* — Cette place occupée dans le Code par les articles sur le serment a été très critiquée. « C'est

1. II, p. 301.

2. E. Jac. *Sic*, Demolombe, VII, 217 ; Larombière, *Théor. et prat. des oblig.*, t. IV, sur 1316, n° 3.

par une erreur de classification certaine, dit M. Planiol¹ que le Code français place l'aveu et le serment parmi les présomptions. C'est un mode de preuve qui ne suppose aucun raisonnement personnel chez le juge, et qui rentre dans la catégorie des preuves consistant en attestations de vérité faites devant le juge ». Remarquons tout d'abord que le Code ne classe pas, à proprement parler, l'aveu et le serment parmi les présomptions : il leur consacre deux sections spéciales du chapitre de la preuve. Ce sont donc des modes de preuve spéciaux, distincts des présomptions, auxquelles est consacrée la section III du même chapitre. Sans doute, l'art. 1350 dit : « La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits... (Telle est) la force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment ». Mais rien n'est plus vrai : le serment constitue un mode de preuve, mais à condition qu'il soit admis que le serment prêté sera conforme à la vérité. La présomption légale ne fait pas ici preuve directement, mais elle est nécessaire pour justifier la force probante attachée à ce mode de preuve particulier. Cette présomption de vérité varie, d'ailleurs, de force selon les divers serments. Aussi la classification du Code civil nous paraît-elle suffisamment justifiée.

4. *Division des serments judiciaires.* — Le Code

1. *Op. cit.*, II, n^{os} 22 et 31.

distingue deux sortes de serments (art. 1357) : le serment *décisoire*, et le serment *déféré d'office*, c'est-à-dire le serment supplétoire. Nous suivrons cette division, renvoyant après l'étude de ces deux serments celle du serment *extra-judiciaire*. Nous nous efforcerons de suivre chaque fois le même plan, afin de mieux faire ressortir les différences fondamentales qui séparent ces divers modes de preuve.

CHAPITRE II

Serment décisoire.

I. NATURE JURIDIQUE DU SERMENT DÉCISOIRE.

1. *Définition.* — L'article 1357 définit le serment décisoire : « Celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause. » C'est donc une offre de transaction faite en justice. Aussi ce serment a-t-il un double caractère : venant de l'initiative d'une partie, c'est une sorte de contrat, et, à ce titre, il est soumis aux règles générales des conventions ; se produisant au cours d'une instance judiciaire, c'est un incident de procédure, dont la portée et les conditions sont régies par des textes spéciaux.

2. *Serment décisoire et transaction.* — Sa nature juridique, disons-nous, le rapproche de la transaction : « *Jusjurandum speciem transactionis continet* ¹. »

Le serment extra-judiciaire, en effet, n'est autre chose qu'une transaction d'un genre particulier : le serment litisdécisoire est, lui aussi, une offre de transaction conditionnelle, prévue par la loi, reçue par le juge, et obligatoirement sanctionnée par lui. Le tribunal est dessaisi de la connaissance du litige par la délation du serment et lié par sa prestation ; il n'est plus qu'un témoin qui reçoit une convention et en donne acte, non plus un juge qui apprécie et décide selon sa conviction.

Un point essentiel, cependant, sépare le serment décisoire de la transaction ordinaire, et l'empêche d'être assimilé à un contrat : une transaction suppose des concessions réciproques, une convention quelconque suppose tout au moins l'accord des parties. Ici cet élément fait défaut : une des parties contraint l'autre à jurer ou à perdre son procès : « *jusjurandum necessarium* ». « Si l'on tient à chercher des analogies au serment décisoire, il faudrait plutôt le rapprocher de l'acquiescement : c'est un acquiescement conditionnel à la prétention de l'adversaire, la condition étant que celui-ci prêtera ou référera le serment ². »

1. D., Loi 2 *de jurej.*, XII, 2.

2. E. Jac, *Cours de Dr. civ.*

Quoi qu'il en soit, le rapprochement du serment et de la transaction se trouve dans tous les auteurs¹ et aussi dans la jurisprudence². La délation du serment décisive, d'après cet arrêt, est l'offre d'une transaction conditionnelle, la condition à remplir étant la prestation du serment. Ce système conduit à d'importantes conséquences, notamment au point de vue de la capacité des parties (il faut être capable de transiger), et de l'objet du serment (il faut que cet objet soit susceptible de transaction), etc.

A notre avis, il est très juste d'appliquer au serment, dans le silence de la loi, les règles relatives à la transaction, dont il se rapproche par la gravité de ses effets; mais, au fond, il a sa nature propre, qui est complexe, et qui en fait un acte tout spécial, tenant à la fois de la convention et de l'incident de procédure.

3. *Refus de serment et aveu tacite*. — Le refus de prêter ou de référer le serment est considéré comme un *aveu tacite*. Celui qui défère le serment dit, en somme, à son adversaire : Jurez que vous m'avez payé telle somme, et je m'en remettrai à votre parole. Non seulement l'adversaire peut ainsi, par sa seule affirmation solennelle, faire trancher le débat

1. Taulier, *Théor. du C. civ.*, t. IV, p. 506; Boileux, *Comm. du C. Nap.*, t. IV, p. 732; Toullier, X, 362; Zachariæ, Massé et Vergé, III, p. 541; Aubry et Rau, VIII, p. 184; Laurent, XX, 230; Poujol, *Tr. des Obl.*, III, p. 467; Demolombe, *Tr. des Contr. et Obl.*, t. VII, n. 580; Larombière, *op. cit.*, t. VII, sur 1358, n. 5; Bonnier, I, 409, etc.

2. Toulouse, 25 mai 1885, S., 89, 2, 41.

en sa faveur, mais il a encore la ressource de référer le serment, s'il préfère ne pas le prêter, et de mettre ainsi l'autre partie dans l'alternative où il se trouvait lui-même. Le refus de jurer ou de s'en remettre à son tour à la foi de l'autre partie ne peut être interprété que de la façon suivante : Vous doutez de votre bon droit ; vous en doutez tellement que vous ne voulez ni prendre Dieu à témoin de la justice de votre cause, ni vous en rapporter à la conscience de votre adversaire. Sa parole est pourtant digne de créance, puisqu'il tient le serment en si haute estime qu'il s'en remettait à votre foi. Il vous a donc contraint à un aveu implicite de votre tort.

Ce raisonnement, qui est celui des jurisconsultes romains, paraît irréfutable. Un seul cas est à excepter : celui où un plaideur connu pour être sans scrupules déférerait le serment à un adversaire à conscience timorée. Ce serait alors un véritable chantage : le plaideur scrupuleux n'osera peut-être pas en appeler à la Divinité, pour tel ou tel motif, même futile, et son habile adversaire jurera tout ce qu'on voudra. C'est le sort de toutes les présomptions de se trouver, dans certains cas, en défaut.

4. *Juridictions devant lesquelles est admis le serment décisoire.* — En principe, le serment décisoire peut être déféré devant toutes les juridictions, tribunaux civils, tribunaux de commerce¹, justices de paix², ju-

1. C. comm., art. 189.

2. C. proc., art. 55.

ridictions arbitrales, conseils de prud'hommes¹, etc. Il n'y a d'exception que pour la juridiction criminelle et la juridiction administrative.

Pour la première, nous avons vu qu'il n'en était pas ainsi autrefois, notamment dans notre ancien droit : on se purgeait d'une accusation en jurant qu'on n'était pas coupable et en faisant soutenir sa cause par un certain nombre de co-jureurs. Plus tard, ce serment ne justifia plus par lui-même l'accusé, mais on le lui demandait toujours². Il fut aboli par la Révolution. On considère comme inhumain de mettre l'accusé entre un aveu et un parjure³, et l'usage du serment comme preuve au criminel est généralement proscrit⁴.

La jurisprudence du Conseil d'État⁵ s'est prononcée contre l'admission du serment décisoire devant les tribunaux administratifs. Le silence, sur ce point, de la loi du 24 juillet 1889, a précisément pour but

1. L'art. 43 de la loi du 27 mars 1907 déclare applicable à la procédure devant les conseils de prud'hommes les art. 54 et 55 C. pr. civ. Cet article 55 vise le cas de la délation de serment devant le juge de paix conciliateur. Cette référence de la loi récente consacre le caractère de conciliation qui doit inspirer avant tout la juridiction des prud'hommes. Mais ce n'est pas à dire, croyons-nous, que le serment décisoire proprement dit ne puisse pas être déféré valablement devant les prud'hommes, lorsqu'ils ont, non pas à concilier les parties, mais à statuer sur leur différend.

2. Ord. de 1670.

3. V. d'Espinay, *op. cit.*, p. 117.

4. V. Bonnier, I, 431, 450; Larombière, V, sur 1360, n. 15.

5. Arrêt du 29 nov. 1851, S., 52, 2, 154.

de confirmer cette jurisprudence. Voici ce que disait le rapporteur de la loi : « Pour apprécier la sagesse de cette décision, il suffit de remarquer que le débat s'engage fréquemment, devant les juridictions administratives, entre des particuliers et des agents de l'administration, qui ne peuvent ni prêter ni déférer le serment sans inconvénient grave »¹. De l'avis de la plus grande partie des auteurs, cette règle est trop générale : pourquoi, lorsque le procès est engagé, devant un tribunal administratif, entre deux parties maîtresses de leur droit, par exemple, un particulier et un concessionnaire de travaux publics, les priver du droit de se déférer réciproquement le serment décisoire² ?

5. *Division.* — Nous verrons successivement : les conditions de *capacité* et de *consentement* des parties ; l'*objet* du serment décisoire ; la *procédure* de sa délation, prestation, etc. ; les *effets* de cette prestation ou du refus de jurer, et enfin les conséquences du *faux serment* dans cette matière.

Il existe une variété du serment décisoire, c'est le serment dit « *de crédibilité* » qui fait exception aux règles générales sur l'objet du serment. Nous signalons ici cette exception, dont nous étudierons les conditions et les limites à propos de l'objet du serment décisoire.

1. Loi du 24 juillet 1889, D. P., 90, 4, 4, n. 2.

2. Bonnier, I, 411 ; Carré et Chauveau, t. VII, l. I, p. 216 ; Larombière, sur 1360, n° 14.

II. CAPACITÉ ET CONSENTEMENT DES PARTIES.

1. *Capacité des parties.* — La loi n'a établi aucune règle de capacité en matière de serment. Nous devons donc nous guider d'après les principes généraux.

Qui est-ce qui peut déférer le serment décisoire ? Cette délation ressemble à une offre de transaction, elle en a toute la gravité. On peut même dire qu'elle est plus compromettante encore, puisqu'elle implique une renonciation conditionnelle complète et sans compensation à un droit, contesté sans doute, mais qui peut être fondé. On en conclut que le serment ne peut être déféré ou référé que par une partie capable de transiger, c'est-à-dire de disposer des objets compris dans la transaction¹. C'est la règle établie par la doctrine et suivie par la jurisprudence². Elle est d'une application générale : ainsi les incapables mineurs ou interdits ne peuvent pas déférer le serment³. Les femmes mariées doivent être autorisées de leur mari ou de justice ; les personnes pourvues d'un conseil judiciaire doivent être assistées de leur conseil, etc.

On conclut, également, de cette analogie avec la transaction, que dans les procès où l'on plaide excep-

1. Art. 2045 C. civ.

2. V. notamment : Garsonnet, t. II, p. 595 et les auteurs qu'il cite aux notes 11 à 17 ; Baudry-Lacantinerie, II, n. 133, etc.

3. V. Larombière, sur 1359, n° 1.

tionnellement par procureur, le serment ne peut être déféré que par un mandataire muni d'un pouvoir spécial¹. Cette règle s'applique à toutes les personnes chargées d'administrer la fortune d'autrui.

Ainsi le tuteur ne peut déférer le serment, au nom de son pupille, que sur un objet dont il a le droit de disposer sans l'autorisation du conseil de famille, c'est-à-dire sur les faits d'administration pure et simple ; sinon il doit se conformer aux formalités prescrites par l'art. 467 C. civ.².

De même le syndic de faillite ne peut déférer le serment décisoire à moins d'observer les règles de l'art. 487 C. comm., et d'y être autorisé par le juge commissaire ou la masse des créanciers³. A défaut de cette autorisation, les juges peuvent d'office refuser d'ordonner le serment, même quand la partie adverse se déclarerait disposée à le prêter.

De même encore, un maire ne peut déférer le serment décisoire que dans les conditions ou formes spéciales où la commune peut valablement transiger⁴.

L'avoué lui-même, qui en général a qualité pour

1. V. Duranton, t. XIII, n° 587.

2. Sur cette question, voyez Larombière, t. V, p. 460 et 461 ; Delvincourt, t. I, p. 460 ; Carré, n° 515 ; Duranton, t. XIII, n. 582, et Toullier, t. II, n. 375 ; Fréminville, *Minorités*, t. II, n. 779.

3. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Serment*. — Paris, 20 fév. 1844 ; Rennes, 29 mai 1858, S., 59, 2, 216.

4. 2045 C. civ. — V. Brignoles, 17 déc. 1876 ; Aix, 25 fév. 1880, S., 82, 2, 97, etc.

faire valablement tous les actes de procédure au nom de son client, a besoin d'un pouvoir spécial pour déférer le serment. Cette règle est traditionnelle¹. Antérieurement au Code pr. civ., un procureur ne pouvait, en Piémont, déférer le serment décisoire sur un nouveau chef, sans pouvoir spécial de la partie². La partie adverse peut se prévaloir du défaut de ce mandat spécial pour refuser le serment³.

Il faut donc être capable de transiger sur l'objet de la contestation pour déférer le serment décisoire : la même capacité est-elle nécessaire chez celui à qui on le défère ? A première vue, on pourrait hésiter à l'affirmer, puisque tout le désavantage de la convention proposée est pour celui qui défère, et tout l'avantage pour l'autre partie, que l'on fait en quelque sorte juge de sa propre cause. Mais il faut remarquer que cette partie a, tout d'abord, une grave résolution à prendre : référer ou non le serment. De plus, pour le prêter régulièrement il faut un plein développement moral : l'acceptation d'une transaction, si favorable soit-elle, exige la capacité de disposer de l'objet du litige. C'est la solution unanimement admise⁴.

1. Pothier, *Oblig.*, n° 915.

2. *Cout. sardes*, l. 5, t. XIV, n° 17; Turin, 5 nivôse an XI.

3. Bordeaux, 30 juil. 1829; Nîmes, 12 janv. 1848. — V. Toulhier, t. X, n° 375; Duranton, t. XIII, n. 587.

4. V. Paris, 15 avril 1893, S., 97, 1, 262; Zachariæ, t. III, p. 541;

Par ailleurs, le serment, comme nous le verrons ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie qui doit le prêter. Il ne peut donc jamais être déféré à un mandataire¹ ou au représentant d'une partie en justice, si ce n'est à titre de serment de crédibilité. Il ne peut être déféré non plus à un mandant, s'il porte sur les faits personnels au mandataire². « On ne comprend pas, en effet, dit Larombière³, comment on serait astreint à prêter serment sur un fait auquel on serait étranger... La fiction de la représentation est ici inadmissible, et il faut s'attacher exclusivement à la réalité. » On peut toutefois déférer le serment à une Société, et il doit être prêté par celui des associés qui est en cause, à moins qu'il ne s'agisse d'un fait personnel à l'un des associés. Quand il s'agit d'un fait social, l'associé, représentant la Société, peut jurer pour elle⁴.

Toujours en vertu du même principe, que le serment est un acte de conscience nécessairement individuel, on ne peut le déférer à une personne inca-

Laurent, t. XX, n° 230; Larombière, sur 1358, n. 5; Delamarre et Lepoitevin, *Contr. de Commiss.*, t. I, n° 338, etc.

1. V. Larombière, sur 1357, n° 9.

2. Cour de justice civ. de Genève, 2 nov. 1901, S., 02, 4, 23 : dans l'espèce, le mandant est une maison de commerce, le mandataire est le directeur d'une succursale.

3. *Op. cit.*, t. VII, sur 1359, n. 10.

4. V. Delamarre et Lepoitevin, t. I, n° 844; Dr. comm. t. I, n° 245; Massé et Vergé, t. III, p. 542; Larombière, *loc. cit.*, Bonnier, n° 417.

pable de transiger seule¹ : par exemple, à un prodigue pourvu d'un conseil judiciaire ; à une personne pourvue d'un administrateur provisoire² ; à un débiteur déclaré en faillite³... Toutefois Delamarre et Lepoitevin enseignent que cette dernière règle ne s'applique qu'aux faits consommés dans les dix jours qui ont précédé la faillite⁴.

Enfin le serment ne peut être déféré à une personne qui ne figure en justice que pour autoriser une autre. Un mari, par exemple, ne peut être invité à jurer que sa femme ne doit rien même si le fait est personnel à tous deux⁵. Et s'il refuse de jurer sur des faits à lui personnels, ce refus ne sera pas opposable à la partie. Par exemple, un mari refuse de jurer qu'il n'a pas autorisé sa femme : celle-ci pourra néanmoins se prévaloir d'un défaut d'autorisation⁶.

2. *Vices du consentement.* — « Il n'y a point de consentement valable », dit l'art. 1109 C. civ., « si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ». Cet article doit-il s'appliquer à la convention de serment, comme aux autres conventions ?

Cela est certain, d'après les principes généraux de

1. Sur ce point, v. Larombière, sur 1359, n° 6.

2. Si ce n'est pendant la durée de l'instance en interdiction, Rouen, 21 fév. 1842.

3. Toulouse, 25 mai 1885, S., 89, 2, 41.

4. V. aussi Bressoles, *Gaz. des Trib. du Midi*, 1^{er} août 1886.

5. Angers, 28 janv. 1827 ; *contra*, Cass., 10 mai 1842.

6. Garsonnet, II, p. 597.

notre droit. Si la délation de serment est entachée d'erreur, de violence ou de dol, il est permis de revenir, non sur le serment prêté, qui est en lui-même inattaquable, mais sur la convention par suite de laquelle il a été prêté¹. C'est ce qui est clairement établi par Pothier². Toutefois, certains auteurs se prononcent en sens contraire³. D'autres n'admettent la rétractation que si on a laissé la partie qui a déféré le serment dans l'ignorance de son droit en retenant les pièces décisives qui existaient en sa faveur⁴.

Pour nous, le délation de serment n'est pas valable, et peut être rétractée, dans tous les cas où une convention serait rescindable pour dol ou violence⁵. Ainsi une partie qui aurait été amenée par des manœuvres dolosives, ou contrainte par une pression immorale exercée sur sa volonté, à déférer le serment décisoire, pourra rétracter cette délation, et user de la requête civile contre le jugement rendu au profit de l'adversaire qui aurait prêté le serment ainsi déféré⁶. Ce n'est pas poursuivre, indirectement, la preuve du parjure, car on a dit avec raison qu'il n'y avait pas parjure quand il n'y avait pas serment⁷ : le serment

1. Bonnier, n° 416.

2. Oblig., n° 919.

3. Aubry et Rau, VIII, p. 196.

4. Larombière, sur l'art. 1363, n° 9.

5. Art. 1111-1116.

6. E. Jac, *Cours de dr. civ.*; Toullier, t. X, n° 390; Duranton, t. XIII, n. 601.

7. Garsonnet, II, p. 594.

irrégulièrement déféré doit être considéré comme non avenu.

La délation de serment est également rescindable pour erreur, dans le cas de l'art. 1110 C. civ. Mais peut-on invoquer, en se fondant sur l'analogie du serment décisoire et de la transaction, les règles des art. 2052 et s. du C. civ. sur l'erreur en matière de transaction ? Nous ne le pensons pas : sans doute, l'analogie de ces deux sortes de convention est grande, mais, pour faire tomber un serment prêté, il faut établir le parjure, ce qui est particulièrement grave. Aussi est-il difficile de transporter dans une autre matière les dispositions favorables, mais exorbitantes, du Code civil, pour le cas spécial de la transaction ¹. Ainsi la découverte d'un titre inconnu (art. 2057), qui annule la transaction, ne pourra pas, selon nous, faire tomber un serment décisoire : mais il n'en serait pas ainsi si ce titre avait été retenu par dol, cause générale de nullité édictée par la loi pour toutes les conventions.

Il est à peine utile de faire remarquer que la lésion, cause exceptionnelle de rescision des conventions, est expressément écartée en matière de transaction par l'art. 2052 C. Civ. : *a fortiori*, en est-il ainsi pour le serment décisoire.

Comment attaquera-t-on le serment prêté après une délation entachée de nullité ? Par l'appel, si

1. Bonnier, n° 416. — V. Accarias, *Transaction*, 154 et s.

les délais ne sont pas expirés, ou par la requête civile¹.

III. OBJET DU SERMENT DÉCISOIRE.

Au point de vue de l'objet du serment, le Code dit : 1° qu'il peut être déféré *sur quelque contestation que ce soit* (art. 1358) ; 2° mais seulement *sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère* (art. 1359). Ainsi énoncées, ces deux règles sont trop générales, et l'on doit y apporter de notables restrictions. Cherchons donc quelles sont, en réalité, les contestations dans lesquelles le serment est admissible et quels sont les faits sur lesquels il peut porter.

1. *Contestations dans lesquelles le serment décisoire est admissible.* — L'article 1358 pose simplement une règle générale : plusieurs exceptions doivent y être apportées. Les principes du droit français s'opposent, en effet, dans certaines hypothèses, à ce qu'il soit valablement déféré. Il n'est pas recevable, non plus que l'aveu : 1° dans les cas où la loi ne permet pas de renoncer volontairement à un droit ; 2° contre les présomptions légales établies dans un intérêt général d'ordre public ; 3° quand la loi refuse l'action en justice, pour défaut des formes requises pour la validité d'un contrat solennel².

1. Larombière, sur 1363, n° 9 et 10.

2. V. Larombière, sur l'art. 1358, n°s 9 à 12.

Tout d'abord, on ne peut déférer le serment à l'occasion d'un droit auquel l'ordre public interdit de renoncer. La délation de serment, en effet, est une provocation à un aveu tacite, que l'on induira du refus de prestation : or, dans les matières dont nous parlons, l'aveu formel lui-même serait inefficace et tenu pour non-venu.

On peut citer, comme rentrant dans cet ordre d'idées, les questions électorales¹ et surtout les questions d'État. Le serment décisoire implique, en effet, l'idée d'une convention dont l'état des personnes ne saurait faire la matière (1128 C. civ.). Il en est ainsi pour les questions de filiation², de séparation de corps ou de divorce³, de mariage... etc. On ne peut, en principe déférer le serment sur le fait de la célébration d'un mariage : V. toutefois Bruxelles, 20 janv. 1807 : cet arrêt permet de le déférer sur le point de savoir si la personne, à laquelle on le défère, est ou n'est pas mariée, quand il s'agit d'une obligation subordonnée au fait du mariage.

En second lieu, le serment décisoire ne peut servir à combattre une présomption légale d'ordre public. Les présomptions de ce genre sont appelées « juris et de jure » par les auteurs; elles ne souffrent pas la

1. V. Nancy, 21 juin 1830; Cass., 30 avril 1885, S., 86, 1, 131.

2. Bonnier, I, 410; Cass., 23 nov. 1885, D., 86, 1, 55; S., 86, 1, 179 : *contra*, un singulier arrêt de Rennes, 16 déc. 1836.

3. 1004 C. pr. civ. V. Trib. sup. de Cologne, 1^{er} mars 1899, S., 01, 4, 30 et Grenoble, 19 juill. 1838, etc.

preuve contraire, de quelque façon qu'on prétende l'administrer. On ne peut donc déférer le serment à l'appui d'une demande contre laquelle milite une exception de ce genre¹ : par exemple, une demande qui tendrait à faire revivre un droit éteint par la prescription. Comme nous le verrons, le Code apporte une exception à cette règle, pour certaines courtes prescriptions (art. 2275). Citons aussi l'exception de chose jugée : sans doute, le serment décisoire peut être déféré en tout état de cause (art. 1360), mais cela s'entend seulement du temps où l'instruction est encore ouverte². On ne peut donc le déférer, sur la sincérité de sa créance, à une personne qui établit cette créance par un jugement passé en force de chose jugée³. Nous rechercherons plus tard quelles sont les présomptions contre lesquelles on peut ou l'on ne peut pas déférer le serment.

Enfin, le serment décisoire ne peut être déféré sur l'existence de faits dont il n'y a pas de preuve littérale spéciale, alors que la constatation dans certaines formes était requise pour la validité même de la créance (*ad solemnitatem*). On ne peut donc le déférer sur l'existence d'une donation entre-vifs⁴ ou d'un contrat de mariage⁵ qui n'auraient pas été passés

1. V. Duranton, t. III, n° 576.

2. Cass., 12 août 1822.

3. Turin, 15 juill. 1806.

4. Pau, 24 août 1870, S., 71, 2, 99.

5. Cass., 21 juil. 1852.

devant notaire¹. Toutefois il faut excepter le cas où on défère le serment sur le point de savoir s'il n'est pas vrai que les actes instrumentaires ont été passés, puis perdus ou détruits (Larombière). De même, on ne peut déférer le serment sur le paiement des frais dus à un avoué, alors que le décret du 16 février 1807, art. 151, subordonne le succès de l'action en paiement de ces frais à la production d'un registre *ad hoc* régulièrement tenu². Citons encore le cas de l'hypothèque, du testament, etc...

Il est donc bien des circonstances où, malgré la formule trop absolue de l'art. 1358, le serment décisoire ne peut pas être valablement déféré³. Mais, en dehors de ces cas, l'art. 1358 reprend son autorité. Par exemple, ainsi que nous le verrons à propos de la force probante du serment décisoire, il peut être déféré contre une présomption légale ordinaire, contre un acte authentique, même sur des faits qui seraient de nature à nuire à celui qui en ferait l'aveu⁴, ou sur des faits honteux ou illicites⁵. Par exemple, il ne peut, dans une action pour usure, être refusé sous prétexte que nul ne peut être obligé d'avouer sa

1. C. civ., 1358, 931, 932, 1339.

2. Cass. req., 1^{er} mai 1849, D., 49, 1, 182.

3. V. à ce sujet : Aubry et Rau, VIII, p. 187 ; Demolombe, VII, n^{os} 598 et s. ; Larombière, sur l'art. 1358 ; Colmet de Santerre, t. V, n. 337 *bis* ; Bonnier, I, 410 ; Garsonnet, II, p. 596 ; Baudry-Lacantinerie, II, n. 634.

4. Bonnier, n^{os} 373 et 410.

5. Pau, 3 déc. 1829.

turpitude¹. De même, le serment décisoire déferé sur des faits de séduction, ou d'attentat à la liberté de tester, ne peut être refusé sous prétexte que nul n'est tenu de s'accuser soi-même².

2. *Faits sur lesquels peut porter la délation du serment décisoire.* — L'art. 1359 ne permet de déferer le serment décisoire que sur « un fait personnel à la partie à laquelle on le défère. » Nous ajouterons : et duquel dépend la solution du litige. Il faut donc, comme nous allons le voir, trois conditions : un *fait*, *personnel*, et *décisif*.

En premier lieu, le serment ne peut être déferé que sur des points *de fait* et non de droit. Cette règle nous paraît aujourd'hui toute naturelle : les particuliers sont incompétents pour apprécier une question de droit, mission dévolue directement aux tribunaux. Il n'en était pourtant pas ainsi en droit romain, la délation de serment pouvant alors porter sur l'existence même du droit réclamé : « Jurez que vous ne me devez rien, que cette hérédité vous appartient... », telles sont les formules de serment qui se rencontrent dans les fragments des jurisconsultes romains. Chez nous le serment, comme l'aveu, ne peut porter que sur une question de fait³.

De plus, ce fait doit être *personnel* à la partie à

1. Bruxelles, 1^{er} fév. 1809.

2. Turin, 13 avril 1808.

3. Trib. de Marseille, 7 mai 1904, S., 05, 1, 92.

laquelle on le défère (art. 1359) ; et l'art. 1362 ajoute : « Le serment ne peut être référé quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré. » On fait appel, en effet, à la conscience d'une partie : celle-ci ne peut affirmer sous serment que des faits auxquels elle a participé, qui lui sont personnels. Je puis jurer que telle somme a été payée par moi, je ne puis pas jurer qu'elle a été payée par mon voisin.

Je puis cependant jurer que je crois fermement que mon voisin a effectivement payé. C'est le serment dit *de crédibilité*, que les Romains appelaient « *jusjurandum de credulitate*. » Il présente moins de garanties, et prête plus aisément aux compromis avec sa conscience, compromis que ne permet guère le serment dit *de connaissance*, « *jusjurandum de veritate* ». C'est pourquoi la loi interdit, en principe, le serment de crédibilité.

Certaines exceptions, toutefois, sont apportées à cette règle par les textes (2275 C. civ. et 189 C. com.). A propos des courtes prescriptions que peut combattre le serment décisoire, l'art. 2275 ajoute : « Ce serment pourra être déféré aux veuves et héritiers, ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer qu'ils ne savent pas que la chose soit due¹ ». De même l'art. 189 : « Toute-

1. Cf. Pothier, *Oblig.*, n° 913.

fois, les prétendus débiteurs seront tenus, s'ils en sont requis, d'affirmer, sous serment, qu'ils ne sont plus redevables ; et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, qu'ils estiment de bonne foi qu'il n'est plus rien dû ». Ce texte est renouvelé de l'Ord. de mars 1673, t. V, art. 21.

A interpréter strictement la loi, le serment de crédibilité ne pourrait être déféré qu'à certaines personnes et seulement contre certaines prescriptions. Mais les auteurs donnent à ces deux articles une portée plus générale. La majorité enseigne que le serment peut être déféré aux veuves et aux héritiers, non seulement dans les cas expressément visés par les articles cités, mais sur tous les faits relatifs à la gestion de leur auteur, dont la situation les a mis à même d'avoir connaissance, la veuve du vivant de son conjoint, l'héritier par l'examen des papiers de la succession¹. Quant au tuteur, il faut s'en tenir au texte, et ne pas généraliser cette décision, puisque, à la différence de la veuve ou de l'héritier, il n'a point capacité pour disposer des droits de celui qu'il représente².

Certains auteurs, avec M. Demolombe³, permettent de déférer le serment de crédibilité à toute per-

1. Cpr. C. civ., art. 1323.

2. Bonnier, I, 412. Dans le même sens, V. Aubry et Rau, VIII, p. 186 ; Larombière, sur 1359, n° 5, 8, 9, et Colmar, 23 août 1859, S., 60, 2, 425 ; Cass., 14 nov. 1860, S., 61, 1, 949.

3. VII, n° 607.

sonne, mais cette opinion est condamnée par la jurisprudence¹.

Nous avons dit, enfin, qu'aux conditions indiquées par l'art. 1359, il fallait en ajouter une troisième : les faits sur lesquels porte le serment doivent être *décisifs*².

Cette condition est évidemment nécessaire pour que le serment soit vraiment décisoire : il doit porter sur les faits contestés entre les parties et ces faits doivent être concluants. Autrement, il n'atteindrait pas son but, qui est de trancher radicalement et définitivement le litige. Sans doute, le serment peut être déféré « sur quelque contestation que ce soit », mais il faut entendre par là³ toute contestation susceptible de mener à un résultat sérieux⁴.

Qui devra apprécier le caractère décisoire du serment déféré ? Ce sera le juge, et tout le monde lui reconnaît ce droit. Il ne devra pas autoriser la délation proposée, si les faits qui en font l'objet sont indifférents à la solution du procès, en sorte que le jugement ne puisse dépendre ni de la prestation, ni du refus de serment⁵. Si, par exemple,

1. Cass., 17 juill. 1876, S., 77, 1, 17. Voyez aussi Larombière, sur 1359, n° 12.

2. V. Aubry et Rau, VIII, p. 188 ; Larombière, sur 1359, n° 15 ; Garsonnet, II, p. 599 ; Baudry-Lacantinerie, II, n. 636.

3. Bonnier, I, 413.

4. V. Cass., 9 nov. 1846.

5. V. parmi les arrêts récents : Paris, 25 mars 1904, S., 05, 1,

dans un procès en règlement de comptes, l'une des parties se bornait à déférer le serment sur la sincérité d'articles contestés pris isolément, il n'y aurait pas lieu d'autoriser cette délation, puisque la prestation ou le refus de serment dans de pareilles conditions ne mettrait pas fin à la contestation¹. C'est au juge qu'il appartient de décider, d'après les circonstances, si le serment doit être ou non admis comme mode de preuve. S'il l'admet, il lui reconnaît par là même le caractère décisoire, et le jugement du procès en dépendra nécessairement. L'appréciation du juge constitue une question de droit relevant de cassation².

On doit même reconnaître que si, d'après les conclusions des parties, qu'il a également qualité pour interpréter, le juge avait de bonnes raisons de croire que le serment prêté ou refusé ne mettrait pas fin au procès, il serait encore autorisé à en refuser la délation, par la raison que ce serment ne serait pas décisoire : si, par exemple, dans ses conclusions, la partie qui défère le serment s'était réservé le droit d'attaquer, par les voies ordinaires ou extraordinaires de recours, le jugement rendu au profit de celui qui l'aurait prêté.

S'ensuit-il de là qu'il faille reconnaître au Tri-

101; parmi les anciens : Agen, 17 fév. 1830; pour le serment de crédibilité : Cass., 6 mai 1834.

1. Cf. Cass., 5 mars 1886, D. P., 86, 1, 467.

2. Laromb., *loc. cit.*

bunal un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou pour écarter la délation de serment ? Nous ne le pensons pas, ainsi que nous allons le voir à propos des conditions de cette délation.

IV. PROCÉDURE DU SERMENT DÉCISOIRE.

Nous allons voir successivement les conditions de la *délation* du serment, de sa *rétractation*, du *jugement* qui doit l'ordonner, de sa *prestation* ou de sa *relation*. Le *jugement définitif* n'intervient ensuite que pour sanctionner nécessairement le résultat acquis.

1. *Délation du serment décisoire.* — Au point de vue de la procédure, le serment qu'une partie défère à l'autre, pour en faire dépendre la solution du procès, fait toujours naître un *incident*, puisqu'il suppose un jugement avant-faire-droit qui l'ordonne ou qui refuse de l'ordonner, incident qui se rattache à la preuve¹.

La partie qui le défère pose, à cet effet, des conclusions qu'elle signifie dans la forme ordinaire. Un jugement intervient sur ces conclusions, soit pour en donner acte, si le droit de déférer le serment n'est pas contesté, soit pour ordonner de le prêter, s'il y a de la part de l'adversaire une contestation

1. V. Garsonnet, *Précis*, p. 269.

réputée mal fondée, soit enfin pour refuser de l'ordonner, si le tribunal estime qu'il n'y a pas lieu de recourir à ce mode de preuve.

Examinons d'abord cette dernière hypothèse. Nous venons de voir que le juge peut refuser d'admettre le serment s'il estime que les faits sur lesquels on veut le déférer ne sont pas concluants¹. Il en est de même lorsque les autres conditions énumérées plus haut ne se trouvent pas réalisées.

De ce pouvoir légitime d'appréciation du juge, la jurisprudence a conclu trop facilement qu'il était toujours libre de ne pas déférer le serment proposé par une partie². On a cependant remarqué justement qu'en matière de serment décisive, le tribunal cesse un moment d'être juge pour n'être plus que le témoin de la solennité qui va s'accomplir. Par conséquent, sous la réserve de son pouvoir d'appréciation limité aux conditions essentielles que nous avons vues plus haut, le principe, selon nous, doit être qu'au contraire le tribunal, saisi d'une demande régulière de délation de serment, ne peut faire autrement que de s'y conformer³.

1. Garsonnet, II, p. 599; Demolombe, VII, n° 621; Cass. civ., 13 juin 1881, D. P., 82, 1, 474; Cass. req., 8 janv. 1890, D. P., 90, 1, 23; Paris, 8 mars 1904, S., 05, 2, 101.

2. Citons : Cass., 7 nov. 1893, S., 94, 1, 182; Cass., 32 juill. 1884, S., 86, 1, 344; Cass., 8 janv. 1890, S., 90, 1, 112, et tous les arrêts cités par Garsonnet, II, p. 598, n. 3. Ajoutons les arrêts récents de Req., 22 avril 1898, D. P., 98, 1, 391; Req., 16 juil. 1900, D. P., 00, 1, 462; Req., 3 janv. 1905, S., 05, 1, 75.

3. Nîmes, 24 mars 1852; Bastia, 12 avril 1664, S., 64, 2, 189;

Ainsi, nous refusons au juge le droit de rejeter la délation de serment sous prétexte que les pièces du procès lui paraîtraient suffisamment faire preuve des faits contestés. On prétend qu'il n'est pas rationnel d'autoriser l'administration d'une nouvelle preuve pour un fait qui se trouve déjà complètement démontré, ou dont la fausseté se trouve d'ores et déjà très nettement établie¹. Mais il ne s'agit pas de savoir dans quel sens est formée la conviction du juge, ni sur quelle base elle s'appuie. Le serment a précisément pour but de le dessaisir, en quelque sorte, de la connaissance du litige pour laisser les parties, dans la pleine liberté de leur conscience, s'en rapporter à l'affirmation solennnelle de l'une d'elles. Si forte que soit une preuve, elle n'exclut pas un degré plus élevé de persuasion. On peut avoir raison contre toute vraisemblance. Le juge pourrait-il rejeter un aveu qui se produirait au dernier moment de l'instance, sous prétexte que les preuves déjà administrées ont complètement éclairé sa religion? Évidemment non. Or qu'est-ce que le serment, sinon un aveu qu'on essaie d'arracher à un adversaire dans la loyauté duquel on a confiance, alors que tous les autres

Chambéry, 3 fév. 1902, D. P., 06, 52, 177 et *Revue trim. de Dr. civ.*, n° de juill. 1906. V. aussi, en sens divers : Bonnier, I, 419; Aubry et Rau; Larombière, t. V, sur 1361, n° 6, et les auteurs qu'il cite.

1. Aubry et Rau, VI, p. 354; Larombière, V, sur art. 1361, n. 6; Cass., 31 oct. 1893, S., 94, 1, 16 et autres arrêts déjà cités, notamment Cass. rej., 6 août 1836.

moyens, tendant à justifier la demande, ont trompé votre espérance? Le juge doit ici faire taire sa conviction personnelle, puisque les parties ont recours à une sorte de transaction, et, à moins que la prétention ne puisse être repoussée par une exception péremptoire, comme celle de la chose jugée, ou celle tirée de l'inexistence d'une formalité essentielle dans un contrat solennel, etc., il est obligé de sanctionner par sa sentence la volonté de la partie qui veut déférer le serment à l'autre¹.

Nous croyons qu'il en est de même, si, à l'inverse, les faits invoqués semblaient au juge invraisemblables : il doit encore s'incliner devant la volonté d'une partie capable².

Enfin nous ne croyons pas non plus que le tribunal soit fondé à ne pas autoriser la prestation de serment demandée sous prétexte qu'elle présenterait à ses yeux un caractère vexatoire. Le « *jusjurandum calumniæ* », qu'on déférait chez les Romains aux plaideurs suspects d'agir par esprit de chicane, n'existe plus dans notre droit, et le juge ne peut pas, sous prétexte de ménager les scrupules d'une conscience timorée, s'opposer à une délation de serment, quand la nature du procès comporte ce mode de preuve³. Le plaideur a, chez nous, une ressource, plus

1. Demolombe, VII, n. 614 s. ; Baudry-Lacantinerie, II, n. 636; Garsonnet, II, p. 598; E. Jac., *Cours de droit civil*.

2. *Contrà* : Cass. civ., 3 avril 1900, S., 00, 1, 280; Req., 22 avril 1898, D. P., 98, 1, 391, etc.

3. *Sic*, Garsonnet, *loc. cit.* *Contrà* : Aubry et Rau, VIII, p. 192;

efficace que le serment *de calumnia*, à opposer à une demande vexatoire : c'est une demande reconventionnelle en dommages et intérêts. Aussi, dans notre droit comme en droit romain, chacun peut déférer le serment en l'absence de tout commencement de preuve rendant la demande vraisemblable, « omnibus probationibus aliis deficientibus¹ ». C'est l'opinion traditionnelle².

Pour justifier, dans certains cas, le pouvoir discrétionnaire, qu'elle s'arroge, de n'ordonner le serment décisoire qu'à son gré, la jurisprudence prétend parfois, tout en acceptant la délation du serment, en changer radicalement la nature et les effets. C'est ce qui a lieu à propos du serment déféré dans des conclusions subsidiaires, alors que d'autres moyens de preuve ont déjà été proposés dans des conclusions principales : certains tribunaux ont émis la prétention de le considérer comme un simple serment supplétif, qu'il appartient au juge de rejeter ou d'admettre à son gré, et qui, s'il croit bon de l'ordonner, ne liera pas sa décision³. Voici les raisons invoquées en faveur de cet étrange système : la délation du serment décisoire implique l'abandon de tous les autres moyens de preuve que l'on pourrait produire.

Larombière, V, sur 1361, n° 7; Cass., 30 juin 1896, S., 97, 1, 40.

1. Paul, l. 36 pr. D., *de jurej.*

2. Cujas, *Observ.*, XXII, 18; Pothier, *Oblig.*, n° 914, cités par Bonnier, n° 413.

3. V. *Serm. suppl.*, p. 106.

Or, celui qui ne défère le serment à son adversaire que par des conclusions subsidiaires ne fait pas dépendre de ce serment le jugement de la cause, puisque, par des conclusions principales, il a provoqué le juge à statuer par d'autres moyens. Les anciens commentateurs du Code civil sont, en général, favorables à ce système, qui est suivi par la jurisprudence¹.

Nous avouons avoir quelque peine à suivre ces raisonnements, et surtout à comprendre cette étrange transformation d'un serment décisoire en serment supplétif². Toute cette question est fort bien traitée par Larombière³. Et nous croyons, avec lui, et avec la majorité des auteurs récents, que le serment décisoire conserve, dans tous les cas, nécessairement son caractère, sans qu'il soit possible de distinguer s'il est déféré par des conclusions principales ou par des conclusions subsidiaires. Il est décisoire par cela même que l'une des parties, à un moment quelconque de l'instance, consent à en faire dépendre la solution du litige. L'art. 1360 dit formellement qu'il peut être déféré « en tout état de cause », et Pothier ajoutait à cette formule, qui lui est empruntée : « en

1. Citons : Toulouse, 25 mai 1885, S., 89, 2, 41; Bordeaux, 22 avril 1871, S., 71, 2, 273; Cass., 22 nov. 1882, S., 94, 1, 182. Il y a bien quelques hésitations : Pau, 3 déc. 1829; Cass., 12 nov. 1835; Cass., 7 nov. 1838, S., 38, 1, 875. — *Contrà* : Bastia, 12 avril 1864, S., 64, 2, 189.

2. Qui doit être « déféré d'office » par le juge, dit le Code.

3. T. V, p. 472 et s.

cause d'appel comme en première instance ». Or si le serment est déféré à la fin de l'instance, ce ne peut être qu'après des conclusions principales préalablement prises. D'ailleurs la loi n'a-t-elle pas consacré le serment décisoire comme une ressource extrême ménagée au plaideur qui, vaincu sur tous ses moyens, est sur le point de perdre son procès? C'est donc méconnaître l'esprit de la loi, non moins que son texte, que de dénier au serment décisoire son caractère propre, sous prétexte qu'il n'a été invoqué qu'en vue de l'échec probable des moyens ordinaires de preuve¹. Signalons enfin ici que, bien que la délation de serment puisse se produire « en tout état de cause », cela doit s'entendre seulement du temps où le débat n'est pas encore clos. La délation serait irrecevable, soit après la mise de l'affaire en délibéré, soit après les conclusions du ministère public².

2. *Rétractation du serment décisoire.* — La délation de serment étant supposée régulière, il en résulte que, dès qu'elle a été acceptée, la partie qui a pris l'initiative de ce mode de preuve s'en est remise de la façon la plus complète et la plus définitive à la conscience de son adversaire. « La partie qui a déféré le serment, dit l'article 1364, ne peut plus se

1. Larombière, sur l'art. 1360, nos 6 et s.; Demolombe, VII, nos 617 et s.; Baudry-Lacantinerie, II, 636; Marcadé, t. V, p. 248; Sic, Bastia, 12 avril 1864, S., 64, 2, 189.

2. Larombière, sur 1360, n° 5.

rétracter, lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment.

Nous avons, en effet, remarqué le caractère transactionnel du serment. Or, dès que s'est réalisée la condition proposée, c'est-à-dire lorsque le serment déferé a été accepté par l'adversaire, la partie ne peut plus revenir sur l'offre de transaction dont elle a pris l'initiative. Elle ne pourrait la révoquer que d'accord avec cet adversaire. La délation est une pollicitation, pour ainsi dire, qui devient contrat parfait par l'acceptation de celui auquel le serment a été déferé. La Cour de cassation a même autrefois jugé que le fait de se présenter à l'audience, avec l'intention de prêter le serment déferé, équivaut à la déclaration formelle de l'article 1364¹. Toutefois, si cette déclaration empêche l'adversaire de battre en retraite, c'est évidemment la prestation seule du serment qui entraînera la condamnation, et si, après avoir formellement accepté de prêter le serment demandé, la partie venait à décéder avant la prestation effective, la délation proposée n'aurait produit aucun effet. C'est la solution traditionnelle². Cependant, si la prestation du serment a été empêchée par les manœuvres de l'adversaire, on pourra le supposer intervenu, suivant Larombière³ et Bonnier⁴, etc.

1. Req. 3 fév. 1818, D. A., v. *Oblig.*, n° 2574.

2. *Sic*, Caen, 20 janv. 1846; Chambéry, 21 mars 1879, S., 79, 2, 300; *contra*, Douai, 26 mai 1814; Aix, 13 août 1829.

3. V. p. 501, sur 1364, n° 7.

4. I, 425, p. 532.

Avant l'acceptation, la rétractation est valable, et n'est soumise à aucune condition de forme. Elle peut résulter, par exemple, de l'appel de la partie qui a déféré le serment contre le jugement ordonnant ce serment¹. Contrairement au droit romain, elle ne fait pas obstacle à une seconde délation².

3. *Jugement ordonnant le serment.* — Lorsque le serment est régulièrement déféré par une partie, et que le Tribunal accède à cette délation, il rend un jugement ordonnant le serment.

Un jugement est nécessaire, en effet, pour fixer les termes et les conditions de la délation, et pour mettre la partie adverse dans la nécessité de prêter le serment, de le référer, ou de succomber. Une délation qui ne serait pas sanctionnée de la sorte ne pourrait pas plus lier la partie adverse qu'une délation extrajudiciaire, et, de même, c'est l'impossibilité pour le juge de paix de rendre un jugement quelconque à l'audience de conciliation qui empêche le serment, qui y est déféré, d'être un serment judiciaire. Cependant divers auteurs enseignent que le jugement prévu par l'art. 120 C. pr. civ. n'est nécessaire que si le droit de déférer le serment est contesté par l'autre partie, et que, s'il ne s'élève aucune difficulté, le serment peut être, immédiatement et sans forma-

1. Cass., 3 mai 1876, S., 76, I, 216.

2. Sic, Carré et Chauveau, n° 508; *contra*, Toullier, t. X, n° 367.

— V. Larombière, sur 1364, n° 3.

lités, accepté et prêté¹. Cette procédure ne nous semble pas régulière.

Le jugement doit énoncer, à peine de nullité, les faits sur lesquels le serment sera reçu². Cette formalité est indispensable pour fixer le débat, et avertir l'autre partie des points sur lesquels elle va être appelée à prêter serment : à elle maintenant de s'interroger et de voir si elle est assez sûre d'elle-même pour jurer en toute sécurité de conscience.

Si elle est présente, qu'elle se déclare prête à jurer, et que son adversaire soit également présent, le serment sera prêté séance tenante. Dans le cas contraire, le jugement fixe à trois jours au moins, avec augmentation des délais de distance, le délai dans lequel il sera prêté³. Il n'y a pas ici de délai de huitaine, comme pour les ajournements⁴.

Le jugement est signifié à la partie qui doit le prêter et à son avoué⁵. S'il est contradictoire, il peut n'être signifié qu'à l'avoué, d'après Pigeau⁶. Aucune signification ne serait alors nécessaire, suivant Thomine⁷. Le serment ne peut être déféré à une partie

1. V. Notamment Bonnier, I, 418.

2. A moins qu'ils ne soient relatés dans la question ou le point de fait : Carré, nos 503 et 504; Favard, t. III, p. 155.

3. Orléans, 28 mars 1849; *sic*, Favard, Chauveau, n° 520. — *Contrà* : Thomine, t. I, p. 136.

4. Cass., 4 janv. 1842; *contrà*, Trèves, 4 mars 1808.

5. Lepage; Deniau; Carré et Chauveau, n° 506; Boncenne, t. II, p. 508.

6. *Proc.*, t. I, p. 245.

7. T. I, p. 135.

défaillante qu'après notification régulière, et non par simples conclusions à l'audience, même si la partie est présente de fait. La partie qui a déféré le serment doit être sommée d'y assister par acte d'avoué à avoué ¹.

Le jugement doit énoncer les faits sur lesquels portera le serment : il doit, de plus, le faire dans les termes mêmes où ce serment a été déféré par la partie, en vertu du principe que cette délation dessaisit les juges de la connaissance du litige. Il existe sur ce point un intéressant arrêt de la Cour de Chambéry ² jugeant, de façon très nette, que le tribunal ne peut pas modifier la formule de serment proposée, sauf pour y introduire plus de précision, d'ordre ou de clarté ³. Sinon, le plaideur peut toujours faire appel, si le serment a été prêté, en disant qu'il s'agit, non de la transaction qu'il a offerte, mais d'une autre, substituée par le juge ; dans l'espèce, la portée du serment déféré avait été restreinte à une certaine période de temps, sans tenir compte des années ultérieures ⁴. La Cour de cassation avait autrefois jugé en sens contraire à celui de la Cour de Chambéry, mais dans un cas où la partie avait accepté tacitement cette forme nouvelle de serment ⁵.

1. Garsonnet, *Précis*, p. 270-120, 121 C. pr. civ.

2. 3 fév. 1902, D. P., 06, 5, 77 et *Revue Trim. de Dr. civil*, n° de juillet 1906.

3. *Sic*, Larombière, sur 1363, n° 2.

4. Dans le même sens, V. Paris, 8 mars 1904, S., 05, 2, 65.

5. Cass., 8 déc. 1829, D., v° *Oblig.*, n° 5278.

D'après un autre arrêt de cassation¹, le serment décisoire étant exclusif de toutes autres conclusions de la part de celui qui l'a déféré, celui-ci ne saurait se plaindre si les juges, après avoir refusé d'ordonner le serment, statuent immédiatement au fond, sans qu'il ait été pris aucunes conclusions pour le cas où la délation de serment ne serait pas accueillie. Toutefois, la partie qui, subsidiairement à un moyen principal, a déféré le serment, peut interjeter appel du jugement qui ordonne le serment après rejet des conclusions principales², mais avant que le serment soit prêté³.

Malgré la règle générale en vertu de laquelle les jugements ordonnant le serment ne sont pas susceptibles d'appel⁴, cet appel est donc recevable dans certains cas. Suivant les circonstances, il constitue, ou non, une rétractation de la délation proposée⁵.

4. *Prestation du serment décisoire.* — Le serment doit être prêté à l'audience. Toutefois, le tribunal, ayant égard à l'âge, la santé, ou l'éloignement de la partie, peut lui permettre de le prêter à l'audience du tribunal ou du juge de paix de son domicile, ou même chez elle en présence d'un juge de ce tribunal ou du juge de paix et du greffier. En général, toute

1. 11 nov. 1861, S., 63, 1, 151.

2. Cass., 15 mars 1852.

3. Nîmes, 24 mars 1852.

4. V. Garsonnet, t. V, p. 765.

5. Chambéry, 3 fév. 1902, D. P., 06, 2, 77. — *Contra* : Cass., 3 mai 1876, S., 76, 1, 216.

juridiction peut être déléguée pour recevoir prestation de serment, notamment la chambre des vacations¹, ou un juge en la chambre du conseil², ou même le tribunal étranger de la résidence de la partie³. Cette délégation est révocable⁴.

Pour les controverses auxquelles a donné lieu la question du rite du serment, nous renvoyons plus haut. Ces formes, en matière civile, sont réglées par les art. 120 et 121 C. pr. civ., qui se trouvent placés, on ne sait trop pourquoi, sous la rubrique des *Jugements* (Tit. VII). Le projet de réforme de 1894 fait cesser cette anomalie en consacrant un titre spécial au serment (Tit. XV), à la fin des mesures d'instruction, sans d'ailleurs rien changer au texte des anciens art. 120 et 121.

La loi n'a soumis la prestation de serment à aucune forme particulière et la seule qui soit vraiment substantielle consiste à dire : « Je le jure ». Les autres formalités — se tenir debout, ôter son gant, lever la main droite — sont des usages respectables, mais dont l'observation n'est pas sacramentelle et dont l'omission n'entraîne pas nullité⁵.

1. Cass., 19 juill. 1836.

2. Cass., 17 fév. 1836.

3. Cass., 4 mai 1898, S., 00, 1, 272, et *Journal de Dr. Internat. privé*, 1899, p. 343.

4. Rennes, 2 avril 1810.

5. Garsonnet, *Précis*, p. 270. Sur les formes du serment, celui d'un étranger, d'un infirme, etc., V. Larombière, t. V, p. 434 et 435.

La partie doit prêter serment en personne : on ne peut pas prêter serment par mandataire¹.

Le serment doit être prêté, l'autre partie étant présente ou dûment appelée. Sinon, il serait nul pour omission d'une formalité substantielle². Toutefois, d'après un arrêt de Cassation³, il serait valable même en l'absence de la partie adverse et sans sommation préalable à y assister, s'il avait lieu à l'audience même où le jugement a été rendu sans opposition ni réclamation.

Le serment doit être prêté dans les termes mêmes où il a été déféré. Sauf les cas exceptionnels où un aveu indivisible peut se glisser dans la formule du serment, celui-ci doit être prêté sans tergiversation ni réticence et dans les conditions où il a été proposé⁴. Jurer qu'on ne sait pas telle chose, ou qu'on n'en a pas souvenir, à plus forte raison en discuter la vraisemblance, c'est refuser de jurer⁵, à moins de circonstances spéciales que les juges apprécieront⁶. La prestation de serment en d'autres termes que ceux déferés peut constituer parfois un commencement de preuve entraînant l'admission de la preuve

1. V. p. 50.

2. Cass., 6 août 1894, S., 94, 1, 416.

3. 10 mai 1842.

4. Garsonnet, II, p. 603.

5. Cass., 9 juin 1863, S., 63, 1, 437. — *Contrà* : Besançon, 1^{er} fév. 1856, S., 56, 2, 95.

6. V. Larombière, sur 1363, n° 3.

testimoniale¹. On peut, d'ailleurs, prêter un second serment sur un point omis dans le premier².

5. *Relation du serment*. — Au lieu de prêter le serment qui lui est déféré, la partie a généralement le droit de le référer à son adversaire (art. 1361) : c'est lui dire en résumé : « Vous offrez de vous en rapporter à moi si je jure que telle créance n'existe pas ; eh bien, jurez vous-même qu'elle existe, et je me reconnais débiteur. » Celui qui a fait appel à la conscience de son adversaire ne peut évidemment pas se plaindre qu'on se fie à la sienne. La possibilité de référer le serment est traditionnelle et nous vient du droit romain. Mais il y a un cas où l'on ne peut y recourir, c'est « quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré » (art. 1362). On pourrait toutefois référer le serment aux conjoints héritiers, etc., de celui à qui le fait était personnel, mais alors à titre de serment de *crédibilité*³.

Les conditions d'objet et de capacité sont, en effet, les mêmes pour la relation du serment que pour sa délation, c'est le même acte juridique, en sens inverse. Il y a toutefois cette différence que la partie

1. Grenoble, 24 août 1810.

2. Turin, 7 avril 1807.

3. V. p. 59. — Larombière, sur 1362, n° 2.

à qui le serment est référé ne peut pas le référer à son tour : le procès eût été sans issue, si l'on avait pu se renvoyer indéfiniment le serment. Cette partie n'a donc d'autre alternative que de le prêter ou de le refuser¹.

6. *Jugement définitif*. — La partie qui prête serment gagne son procès : celle qui refuse de jurer ou de référer, ou celle qui refuse de jurer après relation du serment, perd son procès. Il n'y a plus à tergiverser et le jugement définitif doit intervenir aussitôt, et sanctionner le résultat acquis.

Pour éviter des frais, ce jugement se confond souvent, dans la pratique, avec le jugement ordonnant le serment, lequel, dans ce cas, prononce à l'avance la condamnation de la partie, pour le cas où elle refuserait de jurer².

La prestation ou le refus du serment décisoire produisent donc des effets très importants : nous allons étudier successivement la force probante attachée à la prestation et les conséquences qui résultent du refus de jurer. Remarquons seulement ici que, dans l'un ou l'autre cas, le jugement qui intervient a un caractère particulier : il sanctionne une convention solennelle, il a donc toute la force et l'autorité d'une transaction irrévocable qui fait la loi des parties³.

1. Art. 1361. — Sur les conditions de la relation du serment décisoire, voyez Larombière, t. V, sur 1361, n° 4 et n° 5.

2. Bonnier, I, 418.

3. Cf. Larombière, t. V, sur 1361, n° 1.

V. EFFETS DE LA PRESTATION OU DU REFUS
DE SERMENT.

1. *Effets de la prestation du serment décisoire.* — D'où vient au serment cette *force probante* qui donne gain de cause à la partie qui le prête? Elle résulte à la fois du caractère *transactionnel* du serment décisoire et d'une sorte de *présomption légale* qui lui est attachée.

Et comme cette présomption est une de celles sur le fondement desquelles la loi refuse l'action en justice, il s'ensuit que la partie qui a déféré le serment ne pourra jamais se faire indemniser du dommage causé par un parjure (art. 1363). Signalons seulement ici cette conséquence, que nous étudierons plus loin.

De cette idée que la force du serment tient aux deux caractères que nous indiquons, résultent les conséquences suivantes : comme la transaction, il a un effet purement *déclaratif* et *ne fait preuve qu'entre les parties* ; et en vertu de la force spéciale que la loi lui attache, il peut combattre et renverser les *présomptions légales ordinaires*.

La prestation de serment a un effet purement *déclaratif* : c'est un des caractères de la transaction. Sans doute, celui qui défère le serment renonce éventuellement au droit qu'il croit, jusqu'à nouvel ordre, lui appartenir : il en fait l'abdication condi-

tionnelle. Mais le serment prêté élève une présomption irréfragable que la prétention à ce droit était mal fondée. Par conséquent, il n'y a pas eu d'acte de disposition faisant passer une valeur d'un patrimoine dans un autre, ni de renonciation à un droit. Peu importe qu'en fait la présomption se soit, par hasard, trouvée fausse. C'est le propre de toutes les présomptions légales de consacrer de temps à autre des résultats contraires à la réalité. L'intérêt général qui les a fait établir ne permet pas d'entrer dans des discussions de fait qui en détruiraient toute l'utilité. Lors donc que la convention de serment a été régulièrement formée, on ne peut faire tomber la présomption de vérité qui s'attache à sa prestation par le motif que cette présomption est contraire à la réalité ¹.

De ce même principe que la force probante du serment a pour fondement une sorte de transaction, il en résulte encore, comme nous l'avons vu ², qu'on peut la faire tomber en se fondant sur les motifs qui peuvent faire prononcer la nullité ou la rescision des conventions, comme les vices du consentement, l'incapacité de la partie, etc. ; il en résulte aussi que cette prestation ne peut avoir d'effet *qu'entre les parties* et à l'égard d'une demande ayant même cause et même objet. « Le serment ne forme preuve, dit l'art.

1. Baudry-Lacantinerie, II, n° 640.

2. P. 47.

1365, qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui, et au profit de ses héritiers et ayant-cause ou contre eux ». La fin de l'article examine au point de vue de la solidarité et du cautionnement les conséquences de l'autorité relative du serment. Voici ces considérations, plus théoriques que pratiques : « Néanmoins le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier ; le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions ; celui déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs ». La solution que consacre ce dernier alinéa est traditionnelle, et Pothier l'explique en assimilant, comme le faisaient déjà les jurisconsultes romains, le serment au paiement¹. En prêtant le serment qu'on lui demande, le codébiteur éteint toute l'action du créancier. L'art. 1365 ajoute : « Et celui déféré à la caution profite au débiteur principal². Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déféré sur la dette et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement »³.

Enfin, comme nous l'avons déjà dit en traitant de

1. *Obligations*, n° 918.

2. Cf. Troplong, *Caut.*, 446.

3. Sur toutes ces questions, qui relèvent plutôt de la théorie de l'effet relatif des jugements, et sur les cas assimilables à ceux visés par l'article 1365, voyez Larombière, t. V, sur 1365, n°s 5, 7, et 8, p. 588.

l'objet du serment décisoire, la prestation de serment peut combattre et renverser les présomptions légales ordinaires. Cela résulte de l'art. 1352 *in fine* qui réserve, en tous les cas, l'effet de l'aveu et du serment (décisoire). La partie à qui une présomption légale est opposée ne peut pas faire usage des preuves normales (écrits, témoins, indices...), mais elle peut, en principe, déférer le serment à son adversaire¹. Cette possibilité d'user du serment pour faire tomber une présomption légale se comprend, malgré la suppression des autres preuves : ce sera en effet la personne même protégée par la loi qui renoncera à la présomption en la faisant tomber par son aveu exprès ou tacite. Elle est libre d'y renoncer, quand cette présomption est établie seulement dans son intérêt : mais elle ne le peut pas quand la présomption légale est établie dans un intérêt d'ordre public ou garantit un droit auquel il est interdit de renoncer². C'est pourquoi nous disons, faute d'un meilleur terme, que la prestation de serment ne peut combattre que les présomptions légales ordinaires.

La détermination exacte des présomptions que l'aveu et le serment peuvent ou ne peuvent pas renverser ne va pas sans difficultés : ainsi, peut-on déférer le serment pour faire preuve contre et outre le contenu d'un acte authentique ? La Cour de cassation permet de battre ainsi en brèche, en dehors

¹ 1. V. Cass., 13 janv. 1875, D., 75, 1, 117, S., 75, 1, 244.

² V. ci-dessus, pages 60 et s.

de toute inscription de faux, la force probante attachée à l'authenticité¹. Cette opinion s'appuie principalement sur la généralité des termes des art. 1358 et 1360 C. civ. Mais beaucoup d'auteurs, tout en autorisant à déférer le serment sur le contenu d'un acte authentique, lorsqu'il s'agit d'établir les faits que l'officier public n'y a pas relatés *de visu et auditu*, estiment que, dans le cas contraire, la garantie attachée à l'authenticité ne peut céder devant aucun mode de preuve, pas même le serment, en dehors d'une inscription de faux préalable².

Pour nous, nous pensons que, sans aucune distinction, les énonciations contenues dans un acte authentique, peuvent être combattues par le serment décisoire.

En principe, au contraire, on ne peut pas déférer le serment à l'appui d'une demande qui tiendrait à faire revivre un droit éteint par la *prescription*: ce serait contraire à l'ordre public. Toutefois les articles 2275 C. civ. et 189 C. comm., dont nous avons déjà parlé à propos du serment de crédibilité,

1. Cass., 7 nov. 1893, S., 94, 1, 182. En ce sens : Turin, 8 avril 1807, Bruxelles, 20 avril 1816, Colmar, 18 avril 1806. — Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, p. 543, n° 608 note 14; Colmet de Santerre, contin. de M. Demante, *Cours anal. de dr. civil*, t. VII, n° 337 bis, VI; Malleville, t. III, p. 176; Toullier, t. X, n. 380.

2. Demolombe, VII, n° 608; Aubry et Rau, VIII, p. 189, n° 753; Laurent, XX, n° 244; Bonnier, p. 362, n° 410; Delvincourt, t. II, p. 838; Duranton, t. XIII, n° 579; Larombière, sur 1360, nos 2 et 3. — *Sic* Montpellier, 25 juin 1819; Poitiers, 27 nov. 1850.

apportent une restriction à cette règle. Les prescriptions spéciales énumérées par les art. 2271 à 2274 peuvent être combattues par le serment : « Néanmoins, dit l'art. 2275, ceux auxquels ces prescriptions seront opposées peuvent déférer le serment à ceux qui les opposent, sur la question de savoir si la chose a été réellement payée ». Il en est de même pour la prescription de cinq ans édictée par l'art. 189 C. comm., qui ajoute : « Néanmoins les prétendus débiteurs seront tenus, s'ils en sont requis, d'affirmer, sous serment, qu'ils ne sont plus redevables... »

Ainsi donc, dans les cas ainsi visés, il ne suffit pas au débiteur d'opposer l'exception tirée de la prescription : il doit en outre, si le créancier l'exige, prêter un serment, et, s'il s'y refuse, il sera condamné malgré la prescription accomplie¹. La délation de serment est une ressource exceptionnelle, qui peut seule combattre ces prescriptions². La jurisprudence y assimile cependant l'aveu³, et avec raison suivant nous, à cause de l'origine même des art. 2275 C. civ. et 193 C. comm. Ces dispositions, en effet, sont traditionnelles : de tout temps les ordonnances et coutumes qui créaient les courtes prescriptions d'un an et de six mois ont été interprétées comme établissant

1. Planiol, *op. cit.*, II, 693 s.

2. V. Cass , 22 avril 1891, S., 91, 1, 208 et Trib. de paix Paris (XIV^e arrondissement), 13 juill. 1905.

3. V. arrêts cités dans Dalloz, *Suppl.*, v^o *Prescription civile*, n^o 594.

plutôt une *présomption de paiement* qu'une véritable prescription¹. L'aveu du débiteur pouvait donc les renverser, et on autorisait le créancier à lui déférer le serment, pour essayer de lui arracher un aveu tacite : par là, disait Pothier, elles diffèrent de toutes les autres prescriptions qui bien que fondées, elles aussi, sur une véritable présomption de paiement, constituent en même temps une véritable peine pour les créanciers négligents². Le Code n'a donc fait que maintenir le droit antérieur³.

A quelles prescriptions s'applique cette remarquable exception ? L'art. 189 dit : « Toutes actions relatives aux lettres de change, et à ceux des billets à ordre souscrits par les négociants, marchands ou banquiers, ou pour faits de commerce, se prescrivent par cinq ans, à compter du jour du protêt, ou de la dernière poursuite juridique, s'il n'y a eu condamnation ou si la dette n'a été reconnue par acte séparé ». Quant à l'art. 2275, il ne s'applique qu'aux courtes prescriptions établies par les art. 2271, 2272 et 2273, qu'il est inutile de reproduire ici. La place qu'il occupe et la référence qu'il contient à « ces prescriptions », c'est-à-dire à celles dont on vient de parler, ne laissent aucun doute sur ce point. Il ne s'applique donc pas aux prescriptions de trois ans et

1. Pothier, *Obligations*, nos 718, 723 et 727.

2. Pothier, *op. cit.*, nos 679 et 688.

3. Cpr. art. 2275 C. civ. et Ord. mars 1673, t. I, art. 10; et 189 C. comm., avec l'art. 21, t. V, même ordonnance.

au-dessous, établies par des lois spéciales, ni à la prescription quinquennale établie par l'art. 2777 pour les revenus périodiques¹. Cette prescription de cinq ans² n'est pas seulement une présomption de paiement, c'est une vraie prescription libératoire, contre laquelle il n'existe aucun remède ; la preuve en est : 1° dans la place qu'occupe l'art. 2277 ; 2° dans ce fait qu'avant la Révolution la prescription de cinq ans était traitée à cet égard comme les grandes prescriptions³ ; 3° dans les motifs qui l'ont fait établir⁴.

Rappelons ici ce que nous avons déjà dit que le serment décisoire possible en tout état de cause, peut être déféré contre toute vraisemblance, et quelle que soit la conviction déjà faite dans l'esprit du juge par les preuves produites au procès et les faits allégués. Nous avons refusé de reconnaître au tribunal le droit de rejeter le serment dans les cas semblables, s'il est régulièrement déféré.

Un cas nous reste à examiner : c'est celui où le serment prêté implique une reconnaissance partielle du droit de l'adversaire. Il constitue alors un aveu, lequel, comme tout aveu, doit être *indivisible*. Mais il y a une grande différence entre l'indivisibilité d'un

1. Cass., 5 août 1878, D., 79, 1, 71 ; 11 déc. 1883, D., 85, 1, 30.

2. Planiol, *loc. cit.*

3. Pothier, *Obligations*, n° 727 ; *Constitution de rente*, n° 133.

4. Ord. de 1510. — V. arrêt du 23 juill. 1712, *Journal des audiences*, t. VI. — Cass., 13 juin 1881.

aveu ordinaire et celle d'un aveu introduit dans un serment décisoire.

Dans le premier cas, en effet, l'adversaire peut chercher un autre mode de preuve pour combattre la partie de l'aveu qui lui est contraire et qu'il ne peut pas séparer de l'autre partie. Dans le second cas, il est lié par la transaction qu'il a offerte et ne peut pas revenir sur le serment prêté, à moins que la prestation n'ait été faite en des termes tels qu'elle constitue un véritable refus de serment. C'est là une question de fait que le tribunal appréciera. Généralement, le serment est déféré sous une forme précise et qui ne comporte pas de faux-fuyant ou de réticence : « Jurez que vous m'avez prêté telle somme » — « Je le jure ». Le tribunal peut d'ailleurs modifier la formule proposée en vue d'élaguer les expressions ambiguës ou captieuses. De même, sans refuser le serment, la partie à laquelle il est déféré peut en modifier les termes, de façon à y introduire un aveu qui formera à son profit un tout indivisible avec son serment. On lui dit par exemple : « Jurez que vous ne m'avez pas promis 1.000 francs », et elle répond : « Je les ai promis, mais je les ai payés ». En cas de comparution personnelle ou d'interrogatoire sur faits et articles, une partie a évidemment la faculté de mêler ainsi l'affirmation de son propre droit à la reconnaissance partielle du droit de son adversaire et de réclamer le bénéfice de l'indivisibilité de ses déclarations. Comment l'autre partie pourrait-elle la

priver de ce droit en lui déférant le serment? Les mêmes raisons qui ont fait consacrer l'indivisibilité de l'aveu proprement dit exigent que tout serment soit considéré comme indivisible en tant qu'un aveu lui est indissolublement lié¹.

Ajoutons enfin que, dans les cas où le serment a été régulièrement référé, sa prestation entraîne, en sens inverse, toutes les conséquences que nous venons d'examiner.

2. *Effets du refus de prêter le serment décisoir.* — Le refus de prêter ou de référer le serment produit, à l'avantage de la partie qui l'a déféré, les mêmes effets que produit la prestation au profit de celui qui croit pouvoir jurer. Le fait, sur la réalité duquel on ne veut pas prendre Dieu à témoin, est tenu pour ne s'être pas produit, selon les dires de la partie qui a pris l'initiative de ce mode de preuve.

La présomption tirée du refus du serment a la même force que celle tirée de la prestation. Ainsi elle ne peut nuire qu'à celui-là seul qui a refusé de jurer (art. 1365), et si la délation a été faite à plusieurs personnes, le refus de l'une n'empêchera pas les autres de jurer et de triompher pour leur part. De même l'aveu tacite constitué par ce refus ne peut être invoqué que contre une présomption légale

1. Aubry et Rau, VIII, p. 193; Larombière, V, sur 1363, n° 3; Garsonnet, II, p. 603 et 607. — V. aussi dans ce sens : Cour de justice civile de Genève, 16 oct. 1895, S., 95, 4, 32, et Cass., 18 janv. 1813.

ordinaire, etc., en un mot, il a exactement la même force probante que la prestation, en sens inverse. Il a le même caractère de transaction conditionnelle, et la même présomption légale lui est attachée : celui qui jure a raison, celui qui refuse de jurer a tort : « manifestæ turpitudinis est et confessionis nolle nec jurare, nec jusjurandum referre »¹. Enfin, de même qu'on ne peut pas prouver la fausseté du serment prêté pour en obtenir réparation, on ne peut pas davantage essayer de prouver le fait sur lequel on a refusé de jurer. La transaction intervenue est irrévocable et l'article 1363 doit s'appliquer dans un cas comme dans l'autre².

VI. FAUX SERMENT.

La loi française, avons-nous déjà dit, attache au serment prêté une présomption de véracité qui n'admet pas la preuve contraire. Lors donc que le serment est reconnu faux, la partie qui l'a déféré ne peut pas prétendre à prouver cette fausseté : elle ne peut même pas se faire indemniser du dommage causé, si le faux serment vient à être démontré par ailleurs³.

Cela résulte de l'art. 1363 : « Lorsque le serment

1. Paul, L. 38, D.; *de jurej.*

2. V. Larombière, sur 1363, n° 6.

3. Il en était ainsi à Rome en principe, Bonnier, I, 426.

déféré a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté ». Ce n'est pas à dire que, soit sur sa plainte, soit d'office, le ministère public ne puisse pas poursuivre sous la prévention de parjure. Mais quand même l'instruction criminelle aboutirait à une condamnation pour parjure, la partie ne pourrait pas obtenir de dommages-intérêts, ni par conséquent se porter partie civile¹ : elle doit subir jusqu'au bout les conséquences de la transaction qu'elle a offerte et même du parjure auquel elle s'est spontanément exposée, et cela quelque décisifs que soient les moyens dont elle peut user pour démontrer la fausseté du serment². Nous nous trouvons donc ici en présence d'une exception remarquable au principe que les jugements en premier ressort peuvent toujours être frappés d'appel et que les jugements en dernier ressort peuvent être attaqués par la requête civile, « s'il y a dol personnel³ ». A la suite d'une prestation de serment, un jugement de condamnation est inévitable, et ce jugement qui ne fait que sanctionner la volonté des parties n'est attaquant par aucune voie de recours ordinaire ou extraordinaire⁴.

1. Cass., 21 août 1834 et 7 juill. 1843. — V. la controverse sur ce point dans Bonnier, n° 426.

2. Larombière, sur 1363, nos 7 et 8.

3. Art. 488 C. pr. civ.

4. Demolombe VIII, nos 659-663; Aubry et Rau, VIII, p. 196; Larombière, V, sur l'art. 1363; Garsonnet, II, p. 592, et la jurisprudence, notamment : Rethel, 25 janv. 1905, S., 05, 2, 309. — V.

Sur le jugement ci-dessus indiqué, du tribunal de Rethel, M. Planiol a consigné dans le recueil cité, d'intéressantes observations : « Il est peu de dispositions légales, dit-il, qui soient plus difficilement défendables que celle de l'art. 1363 C. civ., au double point de vue de la morale et de la logique... Il semblerait logique et naturel, quand il y a faux serment, ce qui est un *délit* (366 C. pén.), que la partie lésée fût munie d'un moyen de recours. Or il n'en est rien...

« Il fallait bien, pour couper court aux réclamations qui auraient pu être nombreuses, retirer à la partie le droit de critiquer librement le serment prêté. Mais quand le ministère public, agissant au criminel, a fait condamner la partie parjure, n'est-ce pas aller un peu loin que de retirer, *même alors*, à la victime du faux serment, le droit de se plaindre ?

« On dit bien que l'action du ministère public est exercée dans l'intérêt public... et que l'intérêt privé se trouve définitivement réglé par le jugement rendu au civil, mais n'en est-il pas ainsi toutes les fois que le ministère public agit?... N'est-il pas choquant, pour l'intérêt social bien entendu, de voir maintenir un jugement obtenu par un crime ?

« On ajoute encore que la partie qui a déféré le serment ne peut s'en prendre qu'à elle-même du tort qu'elle subit... Ceci est un pur sophisme... Le plaigneur use d'un procédé légal. Il est vraiment im-

aussi Garraud, *Dr. pén. fr.*, t. V, n° 2037, et les auteurs ou arrêts qu'il cite.

possible de soutenir que c'est lui qui est en faute.

« Les auteurs modernes sont cependant unanimes en sens contraire¹. Leur opinion est traditionnelle², mais nous la croyons établie sur des motifs mal réfléchis et contraires au sentiment élevé de la justice. » Nous ne pouvons que souhaiter une modification de la loi dans le sens indiqué par M. Planiol³.

Le droit du parquet de poursuivre pour faux serment résulte de l'art. 366 C. pén. qui punit ce délit « d'un emprisonnement d'une année au moins et de cinq ans au plus, et d'une amende de cent francs à trois mille francs », sans compter les peines accessoires que le juge pourra prononcer⁴. Ce droit de poursuite n'a été nullement restreint par l'art. 1363⁵. Ainsi le ministère public peut faire entendre comme témoin la partie même qui a déféré le serment⁶. Et l'art. 366 C. pén. en déclarant que le faux serment prêté devant des juridictions civiles ou commerciales pourrait donner matière à des poursuites correctionnelles, a établi par cela même que la juridiction

1. V. plus haut. *Adde* : Marcadé, t. V, sur 1363, n° 2; Colmet de Santerre, t. V, n° 339 *bis*; Bonnier, n° 426; *Jurispr. gén.*, v° *Obligat.*, 5373 s., *Suppl.*; v° *id.*, 2283 s.; *Nouveau C. civ. annoté*, art. 1363, n°s 19 à 41, art. 1382, n° 20.

2. Pothier, *Traité des obligat.*, n° 918.

3. V. Paris, 18 fév. 1890, *Jur. gén.*, *Suppl.*, v° *Oblig.*, n° 2239, en note p. 483. — Dans le sens de M. Planiol, V. Duranton.

4. Cet article a été modifié par la loi du 13 mai 1863 : auparavant l'infraction était punie de peines criminelles.

5. Besançon, 9 mai 1888, S., 90, 2, 195.

6. Même arrêt.

correctionnelle, saisie de poursuites de cette nature, ne peut être arrêtée, dans l'exercice de ses attributions, ni par une question de compétence, ni par une question de chose jugée¹.

Toutefois, la preuve à faire par le ministère public n'est recevable que dans les termes de la loi civile²; c'est pourquoi la preuve testimoniale n'est pas admise au criminel pour établir la fausseté d'un serment prêté en matière civile, si le litige excède 150 fr.³, ou s'il s'agit d'un des faits juridiques que la loi prescrit de constater par écrit, quelque intérêt qu'ils représentent⁴. Il faut alors un commencement de preuve par écrit⁵. Il n'en est pas de même, naturellement, en matière commerciale⁶. — Pour la détermination du chiffre du litige, V. Cass. 12 déc. 1876, S., 80, 1, 236.

La jurisprudence belge admet, au contraire, la preuve testimoniale dans tous les cas⁷. La jurispru-

1. Cass., 17 mai 1878, S., 78, 1, 487.

2. Chauveau et Hélie, t. IV, n° 1834; Blanche, t. V, n° 403.

3. Cass., 17 juin 1852, S., 53, 1, 41 et note; Cass., 22 mars 1878, S., 79, 1, 233.

4. V. pour plus de détails, Garraud, *Dr. pén.*, t. V, n° 2039.

5. Limoges, 26 fév. 1885, S., 86, 2, 43.

6. Cass., 30 janv. 1836.

7. Cass. Belg., 29 mai 1882; Bruxelles, 29 juill. 1882, S., 83, 4, 5. V. Conf. Cass. Belg., 6 sept. 1878, *Pasicr.*, 1878, 1, 385, Gand, 9 nov. 1881, Bruxelles, 23 mai 1881. Auteurs belges dans ce sens : Limelette, C. de proc. pén. appliqué, sur l'art. 16, n° 3; Nypels, C. pén. belge interprété, sur l'art. 226, t. I, p. 572, qui rappelle que telle est aussi la solution admise par la Haute Cour des Pays-Bas. V. aussi Hofman, *Quest. préj.*, t. I, n° 248.

dence belges s'est maintenue en ce sens, même depuis la loi du 17 avril 1878 dont l'art. 16 dispose que lorsque l'infraction se rattache à l'exécution d'un contrat dont l'existence est déniée, le juge de répression, en statuant sur l'existence du contrat, se conforme aux règles du droit civil.

En France, après quelques hésitations, la jurisprudence s'est fixée en sens contraire ¹.

En dehors de l'élément matériel du délit, qui consiste dans l'affirmation sous serment d'un fait reconnu faux, il faut encore établir l'élément moral de l'infraction, c'est-à-dire l'intention criminelle, et la conscience que le fait était faux, chez la partie qui a prêté le serment ².

CHAPITRE III

Serment supplétoire.

I. NATURE JURIDIQUE DU SERMENT SUPPLÉTOIRE.

1. *Définition*. — Le serment supplétoire diffère

1. V. sur ce point : Bonnier, n° 427, p. 534 et s., et les arrêts cités dans Garraud, t. V, 323.

2. Caen, 7 fév. 1906, D. P., 06, 5, 47. *Sic* : Cass. crim., 25 janv. 1843; Rolland de Villargues, *C. P. annoté*, art. 366, Garraud, t. V, n° 2040.

essentiellement du serment décisoire. Tandis que celui-ci se rapproche du contrat et de la transaction et que le juge n'y intervient, à bien prendre, que comme un témoin qui donne acte, solennellement, du résultat obtenu, le serment supplétoire, au contraire, est un *moyen d'instruction* indiqué par la loi et mis par elle, sous certaines conditions, à la disposition du juge, qui peut le déférer à son gré, sauf à respecter les règles générales sur l'administration des preuves, et qui n'est, en aucune façon, lié par le résultat de cette délation. Ces deux modes de preuve par le serment sont donc ainsi, par leur nature, radicalement distincts.

2. *Base nécessaire.* — La loi ne permet au juge de déférer le serment supplétoire à l'une des parties que sous certaines conditions. Voici ce que dit l'article 1367 C. civ. : « Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes : il faut : 1° que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ; 2° qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves. » Le Code exige donc, conformément à la tradition, un commencement de preuve, ou, comme disaient nos anciens, une preuve « semi-pleine », base nécessaire qui varie, d'ailleurs, selon l'importance et la nature du litige à trancher.

3. *Objections contre l'usage du serment supplétoire.* — L'appréciation de ce commencement de preuve est souvent délicate, le juge peut être tenté d'en voir

un là où il n'y en a pas en réalité. D'autre part, le tribunal est libre de déférer le serment à l'une des parties à son choix. Enfin si, à notre avis, il n'est pas lié par le résultat de la délation, certains auteurs enseignent au contraire qu'il doit forcément donner gain de cause à celui qui a juré : en tous les cas, la prestation du serment déféré par lui entraînera presque toujours une décision conforme. La délation du serment supplétoire est donc un acte grave et l'on comprend qu'on ait élevé certaines objections contre l'usage d'un mode d'instruction qui expose le juge à une partialité inconsciente et peut préjudicier si profondément aux intérêts de l'une des parties. Déjà, parmi les anciens auteurs français, Doneau¹ faisait ressortir ces inconvénients. Larombière² reprend les mêmes critiques et rappelle celles que l'on faisait déjà sous l'ancien régime : le juge, dit-il, abdique ses pouvoirs, en s'en rapportant quasi-aveuglément, à l'affirmation d'une partie dans sa propre cause.

Nous croyons que ces objections sont exagérées. Sans doute, le juge doit user, dans l'emploi de ce mode d'information, d'une grande discrétion, et c'est ce que fait la jurisprudence moderne, mais il ne faut pas le priver d'un moyen d'instruction qui peut donner, entre des mains habiles et impartiales, de bons résultats.

1. *Comm. de jure civ.*, lib. IV, cap. 19.

2. T. V, sur 1366, n^o 3 et 4, p. 512 s.

4. *Juridictions devant lesquelles est admis le serment supplétoire.* — A l'inverse du serment décisoire, le serment supplétoire est admis devant les tribunaux administratifs. Il n'y a pas de raison, en effet, pour qu'ils ne puissent pas en user. Seuls, les tribunaux de répression ne peuvent pas y avoir recours. Peut-être serons-nous même appelés à voir fonctionner un jour un serment supplétoire d'un nouveau genre, qu'on pourrait appeler serment « fiscal », qui, d'après le projet de loi d'impôt sur le revenu, pourra être déféré au contribuable sur la vérité de ses déclarations.

5. *Division.* — Le Code distingue le serment supplétoire ordinaire et le serment « sur la valeur de la chose demandée ». Celui-ci se différencie, en effet, nettement du premier, dont il constitue une variété toute particulière, et ces différences sont assez profondes, surtout quant à son objet et aux conditions de sa délation, pour qu'il soit préférable de l'étudier à part.

Remarquons aussi qu'il ne saurait évidemment être question de vices du consentement ou de causes de nullité à propos d'un acte dont l'initiative émane du Tribunal. Il n'y a plus ici de convention, le serment supplétoire est déféré d'office à une partie sans l'assentiment et parfois contre la volonté de l'autre.

Nous verrons successivement ce qui concerne *la capacité de la partie*, *l'objet du serment*, *les conditions et les formes de sa délation*, *les effets de sa prestation*,

ou du refus de le prêter, ainsi que les conséquences d'un faux serment. Nous terminerons par l'étude du serment *estimator*.

II. CAPACITÉ DE LA PARTIE.

Le serment supplétoire peut être déféré à toute personne capable de comprendre la portée de son acte. En effet, le tribunal n'est pas forcé, selon nous, de donner gain de cause à la partie qui le prête, pas plus qu'il n'est obligé de la condamner si elle refuse : il peut donc le déférer même à un incapable, sauf à avoir pour un tel serment tel égard que de juste. C'est le système traditionnel : *Adolescens vero, si velit, jurare potest*¹. Il n'est pas, cependant, unanimement admis, et certains auteurs exigent, pour la partie à laquelle est déféré le serment supplétoire, la pleine capacité de s'engager, comme pour le serment décisoire². Cette opinion, évidemment, s'impose quand on est d'avis que le juge est lié par la prestation du serment supplétoire.

Ce serment ne peut être déféré qu'à une *partie* art. 1366). Il ne peut donc être valablement déféré, par exemple, au représentant d'un incapable. Toutefois, il pourrait l'être, d'après un arrêt de Cassation³, à un mari qui n'est en cause que pour autoriser sa

1. Ulpien, l. 4, pr., D., *de in lit. jur*

2. Larombière, V, sur 1367-8, n° 6.

3. 10 mai 1842.

femme. A notre avis, une telle déclaration ne serait plus un serment supplétif, mais une simple déposition sous serment.

III. OBJET DU SERMENT SUPPLÉTOIRE.

En principe, le juge peut déférer d'office le serment à une partie « sur quelque espèce de contestation que ce soit » ; on applique ici ce que dit l'art. 1358 à propos du serment décisoire. Mais, ainsi que pour ce dernier serment, de graves restrictions doivent être apportées à cette règle générale.

Tout d'abord, le serment supplétoire ne peut porter que sur des faits dont la preuve est admissible. Il ne peut donc être déféré dans une matière intéressant l'ordre public, où les parties ne peuvent renoncer à leurs droits, par exemple dans une question d'État, et, plus généralement, dans tous les cas indiqués ci-dessus à propos du serment décisoire. Spécialement, il ne peut être déféré dans une procédure d'inscription de faux, sur des faits étrangers aux moyens de faux dont la preuve a été admise¹. Certains auteurs, toutefois, émettent quelques doutes, parce que le serment supplétoire n'est qu'un complément de preuve et ne lie pas le juge².

L'art. 1359, à propos du serment décisoire, édicte

1. Poitiers, 27 nov. 1858, D. P., 51, 2, 43.

2. V. Planiol, I, 1214; Carpentier, *Tr. du Div.*, n° 20.

deux règles différentes. La première de ces règles s'applique évidemment au serment supplétoire : celui-ci ne peut être déféré que sur une question *de fait*¹. Il n'y a d'aveu que sur un fait et de *mode de preuve* que pour les faits².

Mais la seconde règle du même article, d'après laquelle le serment ne peut être déféré que sur un fait *personnel* à la partie, s'applique-t-elle également au serment supplétoire ? Certains jurisconsultes enseignent l'affirmative³. Pour Laurent, la condition de fait personnel résulte de la nature même du serment, car c'est un appel à la conscience et on ne peut affirmer en conscience qu'un fait personnel. M. Bonnier⁴ est du même avis, et se base simplement, assez mal à propos, semble-t-il, sur le « silence de la loi ». Cela prouverait tout le contraire, car l'art. 1359 ne vise que le serment décisoire, et il ne faut pas étendre arbitrairement les interdictions légales gênantes pour le juge. Nous croyons donc avec la majorité des auteurs et la jurisprudence, que le tribunal peut déférer le serment supplétoire à la partie, sur des faits qui ne lui sont pas personnels, mais dont elle déclare seulement avoir eu connaissance, et cela, sans se préoccuper de savoir si ces

1. Cass., 14 fév. 1898, D. P., 98, 1, 112; Laurent, XX, n° 291.

2. Cass. cit., dans Sirey, 02, 1, 12.

3. Laurent, *loc. cit.*; Fréminville; Toullier, t. X, n° 420.

4. *Op. cit.*, n° 442.

faits sont de ceux sur lesquels peut être déféré le serment de crédibilité¹.

De même, à l'inverse du serment décisoire, il n'est pas nécessaire que le fait, sur lequel est déféré le serment supplétoire, soit de nature à trancher définitivement la question. Comme ce n'est pas uniquement de la prestation de ce serment que dépend la solution du litige, et qu'elle est seulement pour le juge un moyen de compléter sa conviction, rien ne s'oppose à ce qu'il soit ordonné sur des faits simplement connexes à celui qui divise les parties. C'est à propos de ce mode de preuve que le juge a vraiment ce plein pouvoir d'appréciation que nous lui avons refusé pour le serment décisoire. Il cherche à éclairer sa conscience : à lui de discerner quels faits pourront l'aider dans cette œuvre. La partie ne pourra pas, pour se soustraire au serment supplétoire, se prévaloir du caractère *non relevant* du fait à propos duquel elle est interrogée sous serment².

1. V. Zachariæ ; Marcadé ; Demolombe, VII, n° 705 ; Aubry et Rau, VIII, n. 967, p. 361 ; Larombière, V, sur 1367 et 1368 ; Cass., 14 août 1811 ; 8 déc. 1832 ; 19 nov. 1878, S., 79, 1, 12.

2. *Sic*, Demolombe, VII, n° 703 ; Aubry et Rau, VIII, p. 362 ; Garsonnet, II, p. 606 ; Cass., 14 fév. 1898, D. P., 98, 1, 112. — *Contra* : Baudry-Lacantinerie, II, n° 647 ; Larombière, sur 1367-8, n° 7.

IV. CONDITIONS ET FORMES DE LA DÉLATION DU SERMENT SUPPLÉTOIRE.

Tandis, que le serment décisoire « peut être déféré encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué » (art. 1360), et même, selon notre opinion, alors que la preuve contraire paraît au juge entièrement établie, au contraire, en matière de serment supplétoire, l'art. 1367 pose la règle inverse : pour que le juge puisse le déférer valablement, il faut : « 1° que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ; 2° qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves ». La délation du serment décisoire dépend de la volonté souveraine d'une des parties, devant laquelle doit s'incliner le juge : la délation du serment supplétoire est laissée à l'arbitraire du Tribunal, sans qu'aucune partie puisse y former la moindre opposition, soit à raison du choix du plaideur en qui le juge a confiance¹ soit au point de vue du fait sur lequel porte la délation judiciaire. La loi a voulu limiter cet arbitraire.

Quelle sera la sanction de cet article 1367 ? Les deux parties auraient-elles indifféremment le droit de se plaindre qu'un serment ait été déféré d'office en dehors des deux conditions prévues au texte ?

1. V. toutefois p. 107.

Évidemment non. Quand une partie n'a fait aucune preuve de son droit, elle ne peut se plaindre de ce que le Tribunal qui aurait pu absoudre l'adversaire sur sa seule dénégation, lui ait déféré le serment, et de ce que ce serment ait été prêté. Inversement, quand une partie a fait la preuve de son droit, que pour plus de sûreté, ou pour dissiper quelques derniers doutes, les juges lui ont déféré le serment, et qu'elle l'a prêté, l'adversaire ne peut se plaindre du surcroît de garantie qui lui a été donné¹. En somme, ce que défend l'art. 1367, c'est, suivant la formule de M. Garsonnet², de déférer le serment, pour la faire triompher, à une partie qui ne ferait aucune preuve de son droit et qui serait cependant disposée à prêter serment, ou, pour la faire succomber, à une partie qui aurait fourni une preuve complète, mais qui redouterait, par scrupule de conscience, de prêter le serment qu'on voudrait exiger d'elle³. De sorte que, s'il n'est jamais imposé au juge de déférer le serment d'office⁴, il lui est interdit d'y avoir recours quand la demande est totalement dénuée de preuves. De là son nom traditionnel de supplétif ou supplétoire. Destiné à compléter la conviction du juge, ce serment n'aurait aucun sens si cette convic-

1. E. Jac, *Cours de Dr. civ.*

2. II, p. 607.

3. Cass. Req., 6 mars 1876, D. P., 79, 5, 331. — V. Larombière, sur 1367-8, n° 5.

4. Même en matière commerciale : 1329 C. civ. réserve au Tribunal une simple faculté.

tion était déjà formée en faveur de l'une ou de l'autre des parties en cause.

Ainsi donc, dans tous les cas, un commencement de preuve est nécessaire pour permettre au juge de déférer le serment supplétoire. Mais en quoi doit-il consister ? Les principes généraux en matière de preuves peuvent seuls résoudre la question.

Il faut distinguer. S'agit-il d'un cas où un écrit est nécessaire pour établir la preuve, le juge ne pourra songer à compléter au moyen du serment une preuve par témoins ou par présomptions qui l'aurait insuffisamment édifié. La matière ne comportait ni témoignages ni présomptions. Ce serait violer l'art. 1341 que de faire appel à ces modes de preuve, sauf à les faire compléter par un serment. Le commencement de preuve ne pourra être qu'écrit¹. Comment d'ailleurs se fier, même avec la garantie du serment, à l'affirmation, sincère, je le veux bien, mais intéressée, d'une partie, alors qu'on ne peut entendre le témoignage d'étrangers que rien n'autorise à suspecter² ?

S'agit-il, au contraire, d'une contestation où tous les modes de preuve sont admissibles, ce sont alors des présomptions insuffisamment « graves, précises et concordantes », ou des dépositions un peu ambiguës, qui pourront être complétées, si le Tribunal

1. 1347 ; cf. art. 1355.

2. Garsonnet, II, p. 607.

le juge à propos, par le serment déféré d'office.

C'est ainsi que la jurisprudence et la doctrine entendent l'art. 1367¹. Toutefois, fait remarquer M. Bonnier², il ne faut pas mettre absolument sur la même ligne l'admissibilité du serment supplétoire et celle de la preuve testimoniale. « Il faut excepter de cette règle, dit Pothier³, les causes d'une grande importance, telles que les causes de mariage ». Et aujourd'hui que nous n'admettons plus la doctrine : « *Creditur virgini* »... etc., il faut rejeter, en matière de filiation, le serment supplétoire aussi bien que le serment décisoire⁴. A l'inverse, le serment supplétoire est admissible, à l'appui du registre qu'un commerçant invoque contre un non-commerçant⁵, alors que la preuve testimoniale ne l'est pas⁶.

Selon les principes généraux, le serment supplétoire sera toujours admissible, pourvu qu'il y ait un commencement de preuve quelconque, en matière commerciale⁷. Il en est de même en cas de fraude,

1. V. notamment Cass., 26 oct. 1886, S., 87, 1, 153, et 10 fév. 1896, S., 96, 1, 72; et Huc, t. VIII, p. 485; Baudry-Lacantinerie, t. II, p. 1326; Fuzier-Hermann, sur 1367, n° 9.

2. N° 440.

3. *Oblig.*, n° 926.

4. Bonnier, n° 440.

5. Art. 1329 C. civ.; Cass., 10 mai 1892, *Pand. fr. pér.*, 93, 1, 193.

6. Controv. — V. Cass., 10 août 1840, et 21 oct. 1890, *Pand. fr. pér.*, 91, 1, 107.

7. Cass., 26 oct. 1886, S., 87, 1, 153.

par exemple dans le cas où le débiteur soutient qu'il a payé sa dette et que le créancier, abusant de son ignorance, lui a remis un document inutile à la place du titre à restituer¹.

L'application pratique des règles que nous venons d'énumérer est parfois délicate. Ainsi, pour rendre admissible le serment supplétoire, au-dessous de 150 fr., il suffit de simples présomptions, par exemple, des déclarations des parties rendant un fait vraisemblable², du refus de produire un registre commun³, etc. Mais le tribunal ne peut déférer le serment à un voyageur pour savoir ce qu'il y avait dans sa malle, alors qu'il n'existe aucun commencement de preuve rendant juridiquement vraisemblable l'allégation de ce voyageur⁴. De même, un aveu devant le juge de paix, non inséré dans un procès-verbal et fondé seulement sur les souvenirs du juge de paix, ne peut pas être un commencement de preuve suffisant⁵. Bornons-nous à citer ces quelques exemples.

S'il faut un commencement de preuve par écrit, l'appréciation des preuves produites est également difficile. Signalons seulement quelques cas intéressants. On ne peut déférer le serment supplétoire à

1. Cass., 11 juin 1873, S., 73, 1, 328.

2. Cass., 5 juill. 1808, 31 mai 1825, 14 juill. 1865.

3. Cass., 22 janv. 1828.

4. Pau, 11 août 1903, S., 03, 2, 309.

5. Cass., 29 fév. 1904, S., 05, 1, 92.

celui, qui, réclamant une somme de plus de 150 fr., ne fournit, comme commencement de preuve, que ses livres¹. Le commencement de preuve par écrit peut résulter des contradictions d'une partie qui, après avoir excipé d'une pièce, a refusé de la produire, etc.².

A qui doit être déféré le serment supplétoire ? En principe, le juge peut le déférer à l'une ou à l'autre partie à son choix. Il se décidera suivant les antécédents des plaideurs, les circonstances de la cause, etc. Il y a cependant des exceptions à cette latitude laissée au tribunal : le cas du serment estimatoire, toujours déféré au demandeur, et le cas de l'art. 17 C. comm. : un commerçant, aux registres duquel l'autre partie offre d'ajouter foi, refuse de les représenter : c'est alors à celui qui a demandé cette représentation que doit être déféré le serment. — Toutes choses égales d'ailleurs, le juge devra, de préférence, déférer le serment au défendeur³.

Cette confiance accordée par le tribunal à l'un des plaideurs est toute personnelle. Il en résulte que le serment ne peut être référé à l'autre partie. C'est ce dit l'article 1368.

La délation du serment supplétif a lieu par juge-

1. V. Cass., 2 mai 1810. *Sic*, Toullier, t. X, p. 352 ; Merlin, *Rép.*, v^o *Serment* ; Duranton, t. I, n^o 621.

2. Cass., 24 juill. 1865, S., 65, 1, 405. — V. Larombière, sur 1367-8, n^o 3.

3. Bonnier, I, 441. — V. sur le choix du juge Larombière, sur 1367-8, n. 12.

ment interlocutoire, comme celle du serment décisoire. Les formes de la prestation sont les mêmes dans les deux cas. Mais le tribunal est toujours libre de rétracter son offre à son gré, par exemple s'il vient à être convaincu par un autre moyen¹. Les parties peuvent toujours faire appel du jugement déférant le serment, sauf acquiescement exprès ou tacite².

V. EFFETS DE LA PRESTATION OU DU REFUS DU
SERMENT SUPPLÉTOIRE.

1. *Effets de la prestation.* — Lorsque le serment « déferé d'office » par le tribunal a été régulièrement prêté par la partie, cette prestation entraîne-t-elle nécessairement le gain du procès, comme dans le cas du serment décisoire? En d'autres termes, le juge est-il lié par le serment prêté et obligé de le tenir pour conforme à la vérité? Nous ne le pensons pas.

La question, toutefois, est controversée. M. Planiol³ fait remarquer que l'art. 1366 dit que le juge peut déferer le serment à l'une des parties « *pour en faire dépendre la décision de la cause.* » Qu'est-ce à dire, ajoute-t-il, sinon que le juge est lié par le ser-

1. Toul, 3 juill. 1827; Cass., 10 déc. 1823; Limoges, 25 mars 1825. — *Sic*, Aubry et Rau, VIII, p. 362; Demolombe, VII, 713; Larombière, V, sur 1367-8, n° 19; Garsonnet, II, 608.

2. Laromb., *loc. cit.*, n° 20.

3. *Précis de Dr. civ.*, II, 33.

ment? M. Larombière¹ regrette qu'en déférant le serment supplétif, le juge fasse « abdication de ses pouvoirs... » etc. Quoi qu'il en soit, cette opinion n'est pas généralement suivie. Le tribunal peut, s'il le juge à propos, condamner la partie qui a prêté serment, s'il a, par ailleurs, des raisons sérieuses de croire que cette affirmation solennelle est contraire à la vérité². De même le juge d'appel n'est pas lié par le serment supplétif prêté en première instance et peut réformer le jugement, sans que la fausseté du serment ait été démontrée. La Cour pourrait même, pour s'éclairer, déférer le serment à l'autre partie que celle qui l'a prêté en première instance³.

2. *Effets du refus de serment.* — Le refus de prêter le serment supplétoire, s'il entraîne le plus souvent, en fait, la perte du procès, n'oblige pas davantage le juge à condamner la partie qui oppose ce refus. Si, par exemple, une pièce décisive a été recouvrée depuis que le serment a été ordonné, le refus de prêter ce serment ne peut nuire dès lors à la partie dont les droits se trouvent ainsi clairement démontrés⁴. Suivant l'expression de Larombière⁵, le refus de prêter le serment supplétoire « laisse la cause en l'état. »

1. T. V, p. 512, sur 1366, nos 3 et 4.

2. Demolombe, VII, 713; Aubry et Rau, VIII, p. 362, no 767; Larombière, V, sur 1367 et 1368, no 13; Bonnier, no 444.

3. Baudry-Lacantinerie, II, no 648; Pothier, *Oblig.*, no 928; Bonnier, no 443.

4. Cass. 10 déc. 1833: Toulouse, 3 juill. 1827; Bonnier, no 444.

5. Sur 1367-8, no 23.

3. *Effets du faux serment.* — Le serment supplétoire n'a donc pas de force probante par lui-même, il l'emprunte tout entière au jugement qui le sanctionne. Aussi l'art. 1363 ne s'applique-t-il pas à ce serment. Tandis que la preuve du parjure ne peut modifier, en matière de serment décisive, un résultat définitivement acquis, ce qui empêche la partie condamnée d'attaquer le serment prêté, la fausseté d'un serment supplétoire peut toujours être établie, tant que le jugement qui en a fait état n'est pas passé en force de chose jugée. Seule, l'expiration des délais impartis pour attaquer les jugements pourrait empêcher la victime d'un parjure de se porter partie civile dans l'instance criminelle en faux serment¹. Cette doctrine est traditionnelle².

Cette différence avec le serment décisive tient à la nature du serment supplétif, qui n'a aucun caractère de transaction entre les parties³.

V. SERMENT ESTIMATOIRE.

Ce serment, appelé aussi « serment en plaids » par les anciens auteurs, et que le Code désigne sous le nom de « serment sur la valeur de la chose demandée », diffère surtout du serment supplétoire en

1. Demolombe, VII, n° 718; Garsonnet, II, 608; Cass. 20 janv. 1843.

2. Bonnier, 443.

3. Garraud, *Dr. pén. fr.*, t. V, n° 2038.

ce qu'au lieu d'être déféré sur le fond même du procès et pour compléter une preuve, il suppose au contraire la demande ou l'exception dûment justifiée et ne peut porter que sur la *valeur* de la chose contestée. Encore faut-il « qu'il soit impossible de constater autrement » cette valeur (art. 1369) : le juge a un pouvoir souverain pour apprécier cette impossibilité¹. La loi lui permet alors d'en faire fixer le chiffre par le demandeur, mais « il doit déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle » ce dernier en « sera cru sur son serment² ». C'est une sage limite apportée au pouvoir exorbitant qu'aurait la partie d'évaluer elle-même le montant de ses prétentions. Cette « *taxatio* » existait déjà en droit romain, mais le juge n'était pas forcé de l'imposer. Le droit français l'y oblige dans tous les cas, redoutant avec raison les inconvénients du « *juramentum in litem sine taxatione* ». De plus, ce que le demandeur doit évaluer sous serment, ce n'est pas la « valeur d'affection » de la chose, comme cela existait à Rome, mais la valeur réelle de cette chose. Le serment estimatoire n'est plus chez nous une sorte de peine infligée au dol de l'autre partie³, mais un simple mode de preuve dont le juge usera dans un cas difficile : ce n'est plus qu'une variété du serment supplétoire.

1. Larombière, sur 1369, n° 3.

2. Sur la fixation de ce maximum par le juge, v. Larombière, sur 1369, n. 10.

3. Comme sont encore en droit français les articles 1150 et 1151 C. civil.

Une question se pose : dans les limites fixées par lui, le juge est-il obligé de s'en rapporter à la parole du demandeur ou peut-il réduire encore le montant de la condamnation, si l'estimation lui paraît exagérée? Il semble bien qu'il soit lié par le serment prêté. Toutefois la question est controversée et Bonnier notamment¹ soutient la thèse contraire, en s'appuyant sur la tradition : il cite Ulpien, Beaumanoir et Pothier².

Le serment « en plaids » ne peut être déféré qu'au demandeur³. Pas plus que le serment supplétoire ordinaire, il ne peut être référé par lui. C'est un des rares cas où l'on s'en remet encore, dans notre droit moderne, à la déclaration d'une partie de préférence à l'autre, mais ce n'est pas le seul⁴. Il n'y a pas bien longtemps que l'art. 1781 du Code civil d'après lequel le maître en était cru sur son affirmation, quant à la quotité des gages, lorsque le domestique ne pouvait produire d'écrit pour établir cette quotité, est lui-même abrogé⁵. Cf. également l'art. 1716 C. civ.⁶.

1. *Op. cit.*, n° 438.

2. *Oblig.*, n° 932; *sic*, Larombière, sur 1369, n° 11.

3. Art. 1369. Pour les héritiers, tuteur, etc., v. Larombière, sur 1369, n°s 5 à 7.

4. Bonnier, n°s 432 à 438.

5. L. 2 août 1868.

6. Larombière, sur 1367 8, n° 14.

CHAPITRE IV

Serment extra-judiciaire.

Nous avons vu que, comme l'aveu, le serment peut être *extrajudiciaire*. C'est celui qu'une personne, en désaccord avec une autre, défère à celle-ci, offrant de la payer si elle jure être créancière, ou de la tenir quitte si elle jure ne rien devoir. Le Code civil ne s'est pas occupé spécialement de ce genre de serment, parce qu'en effet il n'est pas soumis à des règles spéciales. C'est une transaction, dont la preuve doit être fournie conformément au droit commun et n'est pas reçue par témoins, s'il n'existe un commencement de preuve par écrit¹.

Cette délation de serment extrajudiciaire exige l'accord de volonté des deux parties : nul n'est forcé d'accéder à une telle offre de transaction. Aussi les Romains appelaient-ils ce serment « *jusjurandum voluntarium* ». Rare chez nous, cette transaction était sans doute fréquente à Rome, puisque le serment ainsi prêté *extra jus* ou *extra judicium* donnait lieu à l'action spéciale dite *jurisjurandi*². C'est qu'en effet, si la délation du serment extrajudiciaire n'a

1. Cpr. 1355 C. civ. en matière d'aveu.

2. *Inst. Just.*, n° 11, *De action*.

rien d'obligatoire, et ne lie la partie, à laquelle il est déféré, que si elle a consenti à se le laisser déférer, sans qu'il puisse résulter de son refus autre chose qu'une vague présomption défavorable, il n'en est pas ainsi de la prestation, si elle a eu lieu volontairement. Le serment ainsi prêté par une partie capable a tous les effets d'un véritable serment décisoire¹, puisqu'il y a eu transaction proposée et consentie. Il faut seulement que la preuve de cette transaction puisse être régulièrement établie.

C'est ce qui aura toujours lieu pour un serment extra-judiciaire d'un caractère spécial : celui déféré devant le juge de paix en conciliation, et dont parle l'art. 55 du Code de proc. civ. L'instance n'étant pas commencée, il n'a de force, lui aussi, que du consentement des deux parties². Si l'une d'elles « défère le serment à l'autre », dit l'article précité, « le juge de paix le recevra ou fera mention du refus de le prêter ». Dans ce dernier cas, il en résultera contre la partie qui aura refusé une simple présomption défavorable, dont les juges du procès, s'il s'engage, auront à mesurer la portée; et cette partie sera toujours admise, si le serment lui est alors déféré en justice, à le prêter devant le tribunal saisi de la contestation³, sauf à être condamnée aux frais de l'ins-

1. Bonnier, n° 423.

2. Bonnier, n° 415.

3. Cas. Rej., 17 juill 1810; 5 janv. 1854; Trib. civ. de Cambrai, 27 juill. 1905, *Gaz. Trib.*, 2 sept. 1905.

lance engagée par sa faute¹. Carré² pense que l'on peut référer le serment devant le juge de paix. Pourquoi non? L'offre de transaction se trouve alors émaner de l'autre partie³.

Si le serment est prêté volontairement, le juge de paix en donne acte. Il y a dès lors transaction acceptée et constatée dans un procès-verbal authentique : elle est par suite inattaquable et doit faire la loi des parties⁴. Tout tribunal saisi de l'affaire devrait aussitôt la sanctionner et donner gain de cause à la partie qui a juré.

1. Cf. Caen, 24 ventôse an IX; v. Toullier, t. X, n° 383, e Duranton, t. III, n° 568.

2. N° 237.

3. Larombière, sur 1360, n° 12.

4. V. Garsonnet, II, p. 228.

QUATRIÈME PARTIE

Aperçu des législations étrangères actuelles sur la preuve par serment

Presque toutes les législations modernes ont conservé l'usage du serment comme mode de preuve. Nous allons en examiner sommairement un certain nombre, tant au point de vue de l'organisation et de la force probante du serment, qu'au point de vue des formes extérieures de sa prestation.

I. — ALLEMAGNE.

Nous nous bornerons à reproduire ici, presque *in-extenso*, les articles consacrés par le code de procédure allemand¹ à la preuve par serment, qu'il traite avec l'esprit d'abstraction et de méthode et aussi avec la lourdeur germaniques. A la différence du système français, la théorie du serment est ici rapprochée de la procédure de ce mode de preuve, et placée dans le même code, avec raison d'ailleurs ; le titre X contient les règles de droit, le titre XI les formes de procédure.

1. *Code de procédure civile pour l'Empire d'Allemagne*, 30 janv. 1877.

A. *Preuve par serment*. — Art. 410. — Le serment ne peut être déféré que sur des faits personnels à l'adversaire, à ses auteurs ou représentants, ou dont ces personnes ont acquis la connaissance personnelle¹.

Art. 411. — Il ne peut être déféré sur un fait lorsque le Tribunal considère la preuve contraire acquise².

Art. 412. — La partie à laquelle n'incombe pas l'obligation de faire la preuve ne prend pas cette obligation à sa charge par le fait qu'elle défère le serment.

Art. 413. — Le serment ne peut être référé que sous les conditions prescrites par l'art. 410 pour sa délation³. Il ne peut être référé lorsque la partie à laquelle il a été déféré, et non son adversaire, doit le prêter sur son fait, qui lui est personnel, ou à sa connaissance personnelle.

Art. 414. — Le serment ne peut être déféré ou référé qu'à la partie même et non à un tiers.

Art. 415. — Si les parties sont d'accord sur le serment à prêter et si ce serment porte sur des faits, le Tribunal peut décider que les restrictions contenues aux art. 410, 413, 414, sur la faculté de déférer ou de référer le serment, ne seront pas appliquées.

Art. 416. — La preuve par serment est offerte au

¹ Cpr. 1359 C. civ. fr.

² Cpr. ci-dessus, p. 65.

³ Cpr. 1362 C. civ. fr.

moyen d'une déclaration par laquelle la partie défère le serment à son adversaire sur tel ou tel point qu'elle précise.

Art. 417. — La partie à laquelle le serment est déféré est tenue de déclarer si elle l'accepte ou si elle le réfère, quand même elle présenterait des objections relativement à la délation du serment¹. Si la partie ne fait pas cette déclaration, ou si, dans un cas où le serment ne peut être référé, elle le réfère néanmoins sans l'accepter conditionnellement, le serment est ainsi refusé.

Les art. 418 et 419 parlent d'une sorte de délation de serment subsidiaire, c'est-à-dire pour le cas où la partie qui indique d'autres moyens de preuve ne parviendrait pas à établir par ces moyens l'existence de son droit. En cas de difficulté sur ce point, c'est évidemment au tribunal qu'il appartiendra de décider si ces autres moyens de preuve ont ou non produit effet et, en conséquence, de repousser ou d'admettre le serment.

Art. 420. — Le serment déféré ne peut être censé refusé pour défaut de déclaration que si la partie a été mise en demeure par le Tribunal de s'expliquer sur ce serment.

Art. 421. — Le serment référé est tenu pour accepté par la partie qui poursuit la preuve même sans une déclaration expresse de sa part.

1. Cpr. 1361 C. civ. fr.

Les art. 422 et 423 consacrent l'irrévocabilité du serment accepté ou référé, à moins que la partie qui doit le prêter n'ait été condamnée pour avoir sciemment violé la foi du serment ou lorsqu'il est rendu vraisemblable que la partie adverse n'a eu connaissance de la condamnation qu'après avoir référé le serment. Dans les deux mêmes circonstances, le serment déféré ou référé qui a été imposé par un jugement conditionnel peut être rétracté même après que ce jugement a acquis force de chose jugée.

La formule du serment varie selon les faits qu'il s'agit d'affirmer. Si le fait est personnel ou à la connaissance personnelle de la partie qui doit prêter le serment, elle jure « que le fait est vrai ou qu'il n'est pas vrai ». Si les circonstances ne permettent pas d'astreindre la partie à cette formule catégorique, le Tribunal peut ordonner la formule suivante : « qu'après vérification et recherches scrupuleuses, la partie qui doit prêter serment a acquis la conviction que le fait est vrai ou qu'il n'est pas vrai. » Même formule si le serment porte sur d'autres faits que des faits personnels ou à la connaissance personnelle de la partie (424).

La prestation du serment est ordonnée par un jugement conditionnel sur le fond, ou par simple décret si les parties sont d'accord sur l'admissibilité et la teneur du serment, ou si le serment a pour but de terminer un incident (425 et 426).

Art. 427. — Le jugement conditionnel énoncera

la teneur du serment et les conséquences attachées à sa prestation ou à sa non-prestation avec toute la précision que comporte l'état de l'affaire. Un jugement définitif indique quelle est celle de ces conséquences qui s'est ensuite réalisée.

Art. 428. — Le serment fait preuve complète du fait qui en a été l'objet. La preuve contraire n'est admise¹ que dans les mêmes conditions où un jugement ayant acquis force de chose jugée peut être attaqué pour violation de la foi du serment.

Art. 429. — La renonciation au serment de la part de la partie adverse produit le même effet que la prestation du serment. Le refus de prêter le serment a pour conséquence de faire considérer comme démontré le contraire du fait qui devait être l'objet du serment.

Art. 430. — Le défaut de comparution au jour fixé pour prêter serment équivaut au refus de prestation².

Art. 431. — La partie qui doit prêter le serment et qui rétracte des allégations antérieures ou reconnaît des faits précédemment contestés peut offrir de prêter un serment plus restreint, alors même que le serment a déjà été imposé par un jugement conditionnel. Il est permis également de rectifier la teneur du serment sur des points de minime importance.

Art. 433. — En cas de décès ou d'incapacité de

1. Elle ne l'est jamais en droit français.

2. Cpr. 225 C. ital. et 177 C. Genève.

celui qui doit prêter le serment, les deux parties recouvrent la faculté d'exercer, relativement à la preuve à fournir, tous les droits qu'elles avaient avant la délation du serment. — Il en est de même dans le cas où, par suite d'une condamnation pour violation de la foi du serment, le serment déféré ou référé vient à être rétracté. — Si le serment a été imposé par un jugement conditionnel, ce jugement est rapporté et le tribunal statue à nouveau.

L'art. 434 réglemeute le serment portant sur un fait de nature à créer un droit ou une obligation indivisible entre tous les consorts au procès¹.

Art. 435. — Lorsqu'une partie est privée de la capacité d'ester en justice, le serment ne peut être déféré ou référé qu'à son représentant légal et sous la condition que ce serment serait obligatoire pour la partie représentée, si elle procédait elle-même, ou pour son représentant, s'il était lui-même partie au procès. — Quant aux mineurs de plus de seize ans et aux prodigues le serment peut leur être déféré ou référé sur des faits qui leur sont personnels ou à leur connaissance personnelle, pourvu que le Tribunal le déclare admissible d'après les circonstances de la cause.

Art. 437 et 438. — Si les débats ou la preuve administrée ne suffisent pas à éclairer le Tribunal sur la vérité ou la fausseté des faits à prouver, le

1. Cpr. 1365 C. civ. fr.

Tribunal peut, par un jugement conditionnel, imposer d'office à l'une ou à l'autre partie, ou à quelques-uns seulement des consorts au procès, ou à l'un des représentants légaux, le serment sur un fait contesté (serment supplétoire).

L'art. 439 ne fait qu'appliquer à ce serment les art. 422 à 433 et 435.

Lorsque la partie qui doit prêter le serment a été condamnée pour avoir violé sciemment la foi du serment, la partie adverse est admise à conclure au retrait du serment d'office, alors même qu'elle avait déjà eu connaissance de la condamnation avant que le serment fût imposé.

Lorsque les parties plaident sur l'existence d'un dommage ou sur son montant ou sur l'évaluation d'un intérêt... (serment estimatoire), le Tribunal peut ordonner que la partie qui doit faire la preuve évalue par serment le montant du dommage ou de l'intérêt. Dans ce cas, il doit en même temps fixer le chiffre que l'évaluation par serment ne pourra dépasser¹.

Les dispositions relatives au serment d'évaluation sont abrogées.

B. *Prestation du serment*. — Art. 440. — Le serment doit être prêté en personne par celui à qui il est imposé².

Art. 441. — Le tribunal saisi du procès peut ordonner que le serment sera prêté devant un de ses

1. Cpr. 1369 C. civ. fr. et 1377 C. civ. ital.

2. Cpr. 221 C. civ. ital.

membres ou devant un autre tribunal en cas d'empêchement pour comparaître, ou de grand éloignement¹.

La loi allemande, comme les autres législations étrangères, et à la différence de la loi française, s'est attachée, même en matière civile, à entourer le serment de certaines solennités. Ainsi :

Art. 442. — Avant la prestation du serment, le juge doit, en termes appropriés aux circonstances, rappeler l'importance de cet acte à celui qui va l'accomplir.

Art. 443. — Le serment débute par ces mots : « Je jure devant Dieu tout-puissant et omniscient. » Il se termine par ces mots : « Que Dieu me soit en aide ! »².

Art. 444. — Celui qui prête le serment doit répéter ou lire la formule contenant la teneur du serment. Il doit lever la main droite pendant la prestation du serment³. Si la teneur du serment présente une certaine étendue, il suffit de la lire et de s'y référer dans la formule du serment.

Art. 445. — Les personnes qui savent écrire prêtent serment en copiant et en signant la formule du serment. Les personnes muettes qui ne savent pas écrire prêtent serment par signes avec l'aide d'un interprète.

1. Cpr. 121 C. pr. fr. et 222 C. ital.

2. Cpr. dr. anglais.

3. Cpr. dr. français, et en Angleterre le rite écossais, etc.

Art. 446. — Est assimilée à la prestation de serment la déclaration, faite sous certaines formules solennelles, par un membre d'une secte religieuse à laquelle la loi permet l'emploi de ces formules en guise de serment.

Cette dernière disposition se retrouve dans le Code d'instr. crim. (1877) : « Les témoins sont entendus sous serment. Mais ceux qui rejettent le serment sont admis à déposer, après avoir employé une simple formule d'affirmation »¹.

C'est ainsi qu'en Hesse, une ordonnance du 12 juillet 1902² admet une formule spéciale pour les Memnonites. Elle consiste à dire simplement : « J'affirme en donnant la main... » (Ich gelobe unter Handschlag). De même, en Bavière, les membres du Parlement sont autorisés, s'ils ne sont pas chrétiens, à retrancher la mention religieuse du serment qu'ils ont à prêter.

A part certaines différences de détail, nous retrouvons donc en Allemagne la même organisation de la preuve par serment qu'en France, dans ses grandes lignes. Remarquons seulement la tendance du droit allemand à étendre le rôle du juge en matière de serment décisoire, tendance que nous avons reconnue, sans l'approuver, dans notre jurisprudence³.

1. Sect. VI, art. 71. *Ann. de législ. comp.*, 1878, p. 94.

2. *Ann. de législ. étr.*, 1903.

3. V. aussi : Serment de manifestation, *Offenbarungseid*, C. civ. all., art. 2006.

II. — ANGLETERRE.

Le droit anglais use beaucoup du serment. Nous n'essaierons pas une théorie d'ensemble sur l'importance juridique qu'il y attache, nous bornant à signaler quelques points intéressants de l'organisation de ce mode de preuve.

Devant les tribunaux anglais, on le sait, c'est l'avocat de la partie qui dirige les débats. Celui du demandeur interroge son client à l'audience, ainsi que ses témoins (examination); celui de l'adversaire les interroge ensuite (cross-examination) : l'art des avocats anglais consiste justement à poser adroitement ces questions, de manière à provoquer des aveux ou des contradictions pour les exploiter ensuite avec habileté. Or toutes les dépositions sont faites sous serment, et c'est ce qui leur donne leur valeur. Le parjure est rendu difficile et redoutable, car on est exposé à être contredit ou à se contredire¹.

Ce qu'il faut remarquer surtout, c'est que la preuve par serment est admise au criminel comme au civil. D'après une récente loi sur la preuve en matière criminelle², l'accusé peut être entendu comme témoin dans sa propre affaire; il doit alors prêter serment de dire la vérité, et c'est le serment

1. V. *Journal de Dr. int. privé*, 1903, p. 258.

2. Criminal Evidence Act., 12 août 1898.

seul qui, d'après les usages anglais donne une valeur véritable à sa déposition¹. Étant témoin, il est soumis à l'*examination* et à la *cross-examination*. Avant cette loi il n'était pas soumis à ces interrogatoires, lorsqu'il plaidait *not guilty*, c'est-à-dire, prétendait être innocent.

Suivant les cas, les serments sont reçus en Angleterre par des fonctionnaires très différents. Il y en a qui sont préposés spécialement à cet effet, avec le titre de « Commissaires pour les serments » (Commissioners for Oaths), mais ils n'ont pas qualité pour les recevoir tous ni dans tous les cas. Leur compétence dépend des espèces juridiques, des tribunaux qui en connaissent, des parties de l'Empire britannique où ils se trouvent, etc.²

Cette complication du droit anglais se trouve également dans les formes du serment. Les formules ne sont pas les mêmes pour les *affidavits*, ou pour les *affirmations*, ou les *vivâ voce evidences*, etc. Elles varient aussi suivant les provinces, et on ne prête pas serment en Écosse comme en Angleterre. Enfin elles varient selon les convictions religieuses de celui qui doit jurer.

« La loi³ ne dit pas que celui qui n'a pas de croyances religieuses ne doit pas prêter serment. Au contraire, elle prévoit expressément qu'un ser-

1. Esmein, dans la *Revue polit. et parl.*, nov. 1898, p. 347.

2. V. Stringer, *Oaths and Affirmations*, 2^e édit., London.

3. *Oaths Act.*, 1888.

ment prêté par une telle personne sera valide et « *binding* ». Mais elle décide que toute personne qui refusera de prêter serment, soit parce qu'elle n'a aucune conviction religieuse (*no religious belief*), soit parce que la prestation de serment est contraire à ses convictions religieuses (*the taking of an oath is contrary to his religious belief*), sera autorisée à affirmer simplement son dire (*to affirm*). L'objection doit venir du témoin et être basée sur l'une de ces deux raisons¹. »

D'autre part, la loi anglaise prévoit des formes de serment, ou d'affirmation pure et simple, pour toutes les sectes religieuses, autant que possible, qui peuplent l'immense empire britannique. Telle formule de serment sert pour les Hindous, telle autre pour les Mahométans, celle-ci pour les Parsis, celle-là pour les Bouddhistes, etc. Les Quakers et « Moravians » *affirment* de telle ou telle manière, etc. Cette législation a été introduite récemment à l'île Maurice, où elle a soulevé de vives objections².

Enfin la forme normale de la prestation de serment varie selon les États du Royaume. Ainsi, en Angleterre on doit baiser le livre sur lequel on jure. En Écosse, on lève seulement la main droite. La loi de 1888 a permis à tout le monde de prêter serment de cette façon (*Scotch form*), et voici pourquoi. « A

1. Stringer, *Introd.*, p. 3.

2. V. *Revue cathol. des Instit. et du Droit*, n^{os} de mai et sept. 1905.

première vue, dit M. Stringer, tout rapport semble impossible entre la théorie de la propagation des maladies contagieuses, et la prestation d'un serment. Cependant, c'est un fait certain que, à mesure que cette théorie s'impose à l'esprit public comme une vérité scientifique, l'opposition au *baiser du livre* (kissing the book) devient plus profonde et plus générale. Toute question de propreté (cleanliness) mise à part, on constate une répugnance croissante à baiser la couverture ou même les pages intérieures d'un livre qui peut déjà avoir été baisé au même endroit par des lèvres contaminées. Médecins et journaux médicaux, ont montré le danger de ce procédé, etc... » Chacun maintenant peut éviter ce péril de contamination.

Diverses parties de l'Empire britannique ont leurs lois spéciales sur la question du serment comme sur les autres questions¹.

1. Pour le Canada, v. dans l'*Ann. de Législ. étr.*, 1902, p. 666, un acte du 23 mai 1901 modifiant l'organisation de la preuve, notamment en matière de serment; — dans l'année 1899, p. 978, la loi du 27 juillet 1898 portant réunion du droit écrit concernant la preuve, notamment l'aveu et le serment, dans les Nouvelles-Galles du Sud; — dans le *Journal de Dr. intern. privé*, année 1902, p. 352, une note intéressante sous un jugement du trib. civil de Tunis (22 avril 1901), montrant qu'à la différence de l'ancien droit français, la prescription de cinq ans pour intérêts de sommes dues peut être combattue, à Malte, par le serment décisoire (Ord. maltaise, n° 7, art. 1290 et 1294), mais non par le serment supplétoire.

III. — AUTRICHE.

Le titre VII et avant-dernier des *preuves* du Code de procédure autrichien¹ est consacré à l'audition des parties. Dans la pensée du législateur, ce n'est qu'un mode de preuve subsidiaire, qui ne doit être ordonné qu'après échec de tous autres moyens.

Les parties sont interrogées dans les mêmes conditions que les témoins (§ 275) et sont soumises aux mêmes règles d'aptitude à déposer (§ 372). L'interrogatoire a lieu d'abord sans qu'elles prêtent serment (§ 376). Mais — et c'est dans ce cas seulement que cette procédure constitue un mode de preuve par serment — si le résultat de cet interrogatoire ne suffit pas à convaincre le tribunal de la vérité ou de l'inexactitude des faits à prouver, il peut ordonner un second interrogatoire sous serment sur les mêmes faits (§ 377). Les parties doivent être préalablement averties de la possibilité de ce second interrogatoire. D'ailleurs le tribunal ne peut y astreindre que l'une d'entre elles et lui faire répéter sous serment, soit sa déposition primitive tout entière, soit certaines parties seulement de cette déposition. Si elle refuse, il peut interroger sous serment l'autre partie (§ 380). A lui d'apprécier les conséquences de ce refus ou des variantes qui peuvent exister entre les deux dépositions successives (§ 381).

1. C. de procédure civile (1896).

Le droit autrichien connaît aussi le serment décisive analogue au nôtre. Il peut, comme chez nous et comme à Rome, être déféré en dehors de tout commencement de preuve (§ 265). On peut le refuser par scrupule de conscience et demander à faire la preuve directe de son droit « pro exoneranda conscientia » (§ 266) tout en refusant de jurer. Le serment de crédibilité est également admis (§ 269).

Quant aux formes de la prestation de serment, la loi du 3 mai 1868 a établi un mode uniforme pour tous, en faisant exception toutefois pour les Israélites.

Plusieurs journaux (juin 1907) y ont fait récemment allusion à propos du serment que vont avoir à prêter les membres juifs du nouveau Parlement autrichien.

IV. — BELGIQUE.

L'organisation générale de la preuve par serment est entièrement empruntée à notre Code civil.

La formule religieuse du serment a été l'objet de diverses propositions de loi tendant à supprimer l'invocation formelle à Dieu. Sur ce point, il en est de même au *Brésil*¹.

V. — ESPAGNE.

A la différence de la plupart des pays civilisés, l'Espagne n'admet plus le serment à titre de mode de preuve². D'après les *Partidas*, au contraire, législa-

1. V. Jeanvrot, *op. cit.*, p. 67-69.

2. C. proc. de 1881; C. civ. de 1888.

tion antérieure au Code civil, on connaissait le serment décisoire et le serment supplétoire avec les caractères qu'ils tenaient du droit romain¹. De même la Nov. Recopilacion² condamnait celui qui manquait à un engagement corroboré par le serment à perdre la chose objet du contrat. L'art. 1200 C. civ. déclare au contraire que le serment ne doit plus être admis dans les contrats et que, s'il l'a été, la clause est réputée non écrite. C'est sans doute l'abus du serment dans les contrats qui aura déterminé la législation nouvelle à rejeter le serment même comme mode de preuve.

Tout serment n'y est pas aboli cependant. Ainsi les étrangers eux-mêmes peuvent être astreints à prêter serment d'obéir aux lois de police du pays, d'après une ordonnance royale du 21 août 1791³.

VI. — ÉTATS-UNIS.

Le fond de la procédure américaine est empruntée au droit anglais; on y pratique le double interrogatoire sous serment : examination et cross-examination. Le serment décisoire est aussi en usage⁴.

Quant aux formes du serment, la législation est encore plus large qu'en Angleterre. Ainsi une loi de l'État de New-York⁵, après avoir fixé un mode nor-

1. L. 2, t. XI, p. 3.

2. II, 2, tit. VI, liv. XII.

3. *Journal de Dr. int. privé*, 1902, p. 292.

4. Bonnier, n° 409.

5. Ch. 340, promulgué le 17 avril 1899.

mal de prêter serment, décide que si le tribunal ou le magistrat, devant lequel une personne dépose comme témoin, est convaincue que, dans l'opinion du témoin, une forme différente de prêter serment est préférable, il sera licite d'adopter cette manière différente¹. De même la Constitution de l'État de Californie² qui soumet les fonctionnaires à la prestation du serment leur permet de le remplacer par une simple affirmation³.

VII. — GRÈCE.

L'art. 351 du Code de procédure civile décide que, à défaut de disposition légale contraire, toute partie a, en principe, le droit de déférer le serment à son adversaire sur quelque espèce de contestation que ce soit, et en tout état de cause, sans qu'il y ait à distinguer suivant que les parties disposent ou non d'autres moyens de preuve.

Le serment supplétoire est également admis. Il peut même être déféré à une personne sur le fait de sa nationalité étrangère, parce qu'aucun texte de loi ne dispose que le fait dont s'agit ne se prouve que par écrit⁴.

1. *Ann. de législ. étr.*, 1900, p. 696.

2. Du 7 mai 1879, art. XX, sect. 3.

3. *Ann. de législ. comp.*, 1881, [p. 723. — Pour d'autres États, v. Bonnier, n° 421.

4. Cour d'appel d'Athènes, 1896, n° 1090, dans *Journ. de Dr. intern. privé*, 1897, p. 849.

VIII. — HOLLANDE.

Comme en Amérique et en Bavière, la loi hollandaise permet de remplacer le serment politique ou professionnel par un simple *engagement*¹.

IX. — ITALIE.

En Italie comme en France, la théorie du serment est traitée dans deux codes différents : le Code civil contient les règles relatives à l'admissibilité de ce mode de preuve, tandis que les formes suivant lesquelles il est administré sont traitées au Code de procédure civile. En Allemagne, au contraire, tout ce qui a trait aux preuves est, avec raison, réglementé par le Code de procédure, comme nous l'avons vu.

Le Code civil italien admet, comme le nôtre, le serment supplétif à côté du serment décisoire (art. 1377), et les règles qu'il trace pour ces deux sortes de serment sont en général les mêmes qu'en droit français.

Les questions de capacité en matière de serment sont généralement traitées au Code de procédure. Ainsi (art. 221) un mandataire ne peut pas déférer, accepter, ou référer un serment décisoire, révoquer une délation de serment, ou dispenser de le prêter, sans être muni d'un pouvoir spécial.

1. V. loi 18 août 1878, art. 71, dans l'*Ann. de lég. comp.*, 1879, p. 542.

Tout jugement ordonnant un serment doit énoncer les faits sur lesquels il sera reçu¹. Lorsque la partie ne se présente pas au jour fixé pour le serment qu'elle doit prêter, son défaut est assimilé au refus de serment (art. 225).

D'après le Code sarde (art. 282) et le Code de Parme (art. 400), le juge pouvait, en matière civile, modifier les termes de la délation, en scinder la formule. Cette disposition n'a pas été reproduite par le Code actuel : la partie doit être maîtresse de la formule du serment décisive, du moment qu'elle ne contient aucune clause contraire à la loi.

Quant aux formes de sa prestation, le serment avait gardé dans le Code de procédure (art. 228) son caractère d'acte religieux solennel. Cet article a été modifié par une loi des 3 juin-5 juillet 1876, votée sous l'influence de manifestations anti-religieuses analogues à ce que l'on a vu en France. Actuellement, le serment est prêté en personne par celui auquel il a été déféré. Le président du tribunal, ou le juge délégué, qui le reçoit, en fait précéder la prestation d'une admonestation solennelle où il rappelle la gravité morale de l'acte, le *lien religieux* que *les croyants* qui le prêtent *contractent* en présence de Dieu, et l'obligation de dire la vérité. La partie, avant de prêter le serment requis, prononce ces mots : « Je le jure », et elle continue en lisant ou en

1. 220 C. pr. ital. ; cpr. 120 C. pr. civ. français, et 441 C. pr. civ. allemand.

répétant à voix haute les termes de la formule qui lui est soumise¹.

X. — MAROC.

D'après M. Moeterlink, avocat à Anvers², le serment revêt encore au Maroc le caractère d'une sorte de jugement de Dieu. « Le serment des Mahométans, dit-il, est seul reçu en justice... On use et abuse du serment litis-décisoire (*Hakk Allah, la vérité de Dieu*)... Le Mahométan le prête sur le Coran, le juif sur les Livres de Moïse (*Siphah*). L'un et l'autre éprouvent une grande répugnance à s'y prêter, ce qui fait qu'on en fait en quelque sorte un moyen de chantage. »

XI. — MEXIQUE.

Ici encore nous trouvons (loi constit. du 14 déc. 1874, art. 21) : « La simple promesse de dire la vérité et celle d'accomplir les obligations qu'on contracte, remplacent le serment religieux dans ses effets et sanction... etc.³ ».

XII. — RUSSIE.

Il n'y a pas en droit russe de serment supplétoire,

1. *Ann. de légis. comp.*, 1877, p. 397; Jeanvrot, *Le serment*, p. 71.

2. *Journ. de Dr. int. pr.*, 1900, p. 479.

3. *Ann. de lég. comp.*, 1875, p. 715.

mais le tribunal peut autoriser les parties d'accord à trancher le litige par un serment prêté par l'une d'elles, d'après le Code russe, art. 115 et 485¹.

La requête, à cette fin, présentée par les parties d'accord, devra être signée par elles personnellement, et être accompagnée d'une formule de serment rédigée par elles, avec l'indication des circonstances dans lesquelles le serment est déféré (489). La requête indiquera exactement : celle des parties qui prêter le serment — sur quel acte ou fait il portera — à quelle époque la partie a promis de comparaître pour le prêter.

Le tribunal n'autorise à prêter serment qu'après avoir échoué dans une tentative de conciliation, et exhorté vainement les parties à ne pas en venir à cette prestation.

Le serment sera prêté par les parties en personne, suivant la forme concertée entre elles, dans une église de leur confession et suivant les rites de cette confession. Un ecclésiastique rappellera à la partie qui doit le prêter la sainteté du serment et les peines prévues par la loi contre les parjures (493, 494).

Le serment fait preuve des faits sur lesquels il a porté, excluant toute preuve contraire ultérieure (117, 498). Il n'est pas recevable : dans les questions d'État ; de propriété immobilière ; dans les procès intéressant la couronne, les provinces, les communes

1. Code de procédure (1864). Lehr, *Droit civil russe*, p. 100 et s., 521 et s.

ou les incapables ; dans les affaires de sociétés, compagnies, associations, enfin quand il s'agirait de contredire le sens évident de documents dont l'authenticité n'est pas contestée (118, 497).

XIII. — SUISSE.

Dans divers cantons, nous trouvons des dispositions légales analogues à celles de l'Angleterre, du Mexique, etc., qui, sans supprimer le serment, autorisent les personnes, qui se refuseraient à le prêter, à le remplacer par une simple affirmation. Ainsi, dans le canton de Bâle-Ville¹, la loi du 8 février 1875, qui admet le serment comme mode de preuve, permet de le suppléer par une simple affirmation entre les mains du président du tribunal². De même, dans le canton du Valais, la loi du 23 juin 1879, art. 1^{er} : « Dans tous les cas où, à la teneur des lois, un serment peut ou doit être prêté, les mots *je le jure* peuvent être remplacés par ceux-ci : *je promets* ou *je déclare sur mon honneur et conscience*, et en supprimant l'invocation de la Divinité à l'appui ou comme témoin de l'affirmation »³.

Il en est de même à Genève, dont le Code de procédure de 1891 (art. 163 à 176) reproduit les dispo-

1. Jeanvrot, p. 72.

2. *Handgelübde*, cpr. avec le *Handschalg* des Memnonites en Allemagne.

3. *Ann. de lég. comp.*, 1880, p. 655.

sitions de l'ancien Code civil, empruntées elles-mêmes au Code civil français (1357 à 1369). Le président en audience publique doit exposer nettement à la partie les faits sur lesquels le serment lui est déféré, et lui rappeler les peines contre le parjure. La prestation de serment n'a lieu qu'à une audience subséquente, à moins de circonstances qui exigent qu'elle ait lieu immédiatement (art. 177).

La partie tiendra la main droite levée et le président lui adressera ces mots : « Vous promettez sur votre honneur et vous jurez devant Dieu de dire toute la vérité et rien que la vérité sur les faits qui viennent de vous être rappelés et sur lesquels votre partie adverse (ou le Tribunal) s'en rapporte à votre conscience. » La partie dira : « Je le jure » (178).

Si la partie déclare que, pour des motifs de conscience, elle ne peut prêter le serment dans la forme ci-dessus, celle-ci pourra être modifiée par les juges (179).

Le Tribunal recevra ensuite la déclaration de la partie. Le président lui adressera toutes les questions propres à l'éclaircir. Il la lui répétera. Il lui demandera si elle y persiste sous la foi de son serment (180).

Si, sans empêchement légitime, la partie ne comparait pas à l'audience fixée pour la prestation de serment, ce défaut sera considéré comme un refus de serment (181).

Si la partie ne réside pas dans le canton, les juges

auront l'option d'ordonner qu'elle prête serment devant eux ou devant le juge de sa résidence, par voie de commission rogatoire. De même, si une partie allègue quelque infirmité grave qui l'empêche de comparaître, le tribunal pourra commettre un ou plusieurs de ses membres et le greffier pour recevoir le serment à domicile (182 et 157-162 cbn).

Le professeur, président de la thèse,

Vu :

L. GUILLOUARD.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Université de Caen,

E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
Introduction.	I
 I^{re} PARTIE. — Nature et caractères de la preuve par serment.	 3
CHAPITRE I^{er}. — Le serment au point de vue philoso- phique	 3
1. Caractère religieux du serment	3
2. Conditions et formes du serment.	5
3. Objections contre l'usage du serment	8
CHAPITRE II. — Le serment au point de vue juridique. .	13
I. Serment promissoire.	13
II. Serment d'authenticité.	15
III. Serment affirmatif.	15
 II^e PARTIE. — Aperçu historique sur l'emploi du ser- ment comme mode de preuve	 18
CHAPITRE I^{er}. — Antiquité.	20
CHAPITRE II. — Droit romain.	27
CHAPITRE III. — Ancien droit français.	31
1. Droit germanique.	31
2. Moyen-Age	33
3. Ancien droit	35
 III^e PARTIE. — La preuve par serment en droit civil français moderne	 37
CHAPITRE I^{er}. — Questions générales. — Division .	37
1. Usage actuel du serment	37

	Pages.
2. Le serment est-il vraiment un mode de preuve?	38
3. Place assignée dans le Code aux textes relatifs au serment	39
4. Division des serments judiciaires	40
 CHAPITRE II. — <i>Serment décisoire</i>	41
I. Nature juridique du serment décisoire.	41
1. Définition	41
2. Serment décisoire et transaction.	42
3. Refus de serment et aveu tacite	43
4. Juridictions devant lesquelles est admis le ser- ment décisoire	44
5. Division	46
II. Capacité et consentement des parties	47
1. Capacité des parties	47
2. Vices du consentement	51
III. Objet du serment décisoire	54
1. Contestation dans lesquelles il est admissible	54
2. Faits sur lesquels il peut porter. Serment de crédibilité	58
IV. Procédure du serment décisoire.	63
1. Délation	53
2. Rétractation.	69
3. Jugement ordonnant le serment	71
4. Prestation	74
5. Relation	77
6. Jugement définitif.	78
V. Effets de la prestation ou du refus de serment	79
1. Effets de la prestation. Force probante du ser- ment	79
2. Effets du refus de serment.	88
VI. Faux-serment	89
 CHAPITRE III. — <i>Serment supplétoire</i>	94
I. Nature juridique du serment supplétoire	94
1. Définition	94
2. Base nécessaire	95

	Pages.
3. Objections contre l'usage du serment supplé- toire	95
4. Juridictions devant lesquelles est admis le ser- ment supplétoire	97
5. Division	97
II. Capacité de la partie	98
III. Objet du serment supplétoire	99
IV. Conditions et formes de sa délation	102
V. Effets de la prestation ou du refus du serment	108
1. Effets de la prestation	108
2. Effets du refus	109
3. Effets du faux-serment	110
VI. Serment estimatoire	110
CHAPITRE IV. — <i>Serment extra-judiciaire</i>	113

IV^e PARTIE — **Aperçu des législations étrangères ac-
tuelles sur la preuve par serment** 116

